

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS – PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

LADIANE BEILKE CORREA

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB O ENFOQUE DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DE MARCELO NEVES**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**Cacoal – RO
2016**

LADIANE BEILKE CORREA

**A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB O ENFOQUE DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DE MARCELO NEVES**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor M.e Victor de Almeida Conselvan.

Cacoal - RO

2016

Correa, Ladiane Beilke.

C824r A redução da maioria penal sob o enfoque da
constitucionalização simbólica de Marcelo Neves/ Ladiane
Beilke Correa – Cacoal/RO: UNIR, 2016.
61 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Victor de Almeida Conselvan.

1. Direito penal. 2. Filosofia do direito. 3. Redução da
maioridade penal. 4. PEC nº 33/2012. I. Conselvan, Victor de
Almeida. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III.
Título.

CDU – 343

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB O ENFOQUE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DE MARCELO NEVES

Por

LADIANE BEILKE CORREA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia –
Campus Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em
Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Victor de Almeida Conselvan – UNIR – Presidente

Professor M.e Silvério dos Santos Oliveira - UNIR – Membro

Professor M.e Afonso Maria das Chagas - UNIR – Membro

Conceito: 90

Cacoal, 31 de maio de 2016.

RESUMO

O tema da redução da maioridade penal tem permeado o contexto social com intensidade gradativamente aumentada em função do maior índice de ocorrência da criminalidade infantojuvenil e da exaustiva divulgação desses casos pela mídia. Considerando a relevância do assunto e o intenso debate entre os favoráveis e contrários a redução, o tema foi objeto de diversas propostas de emenda constitucional buscando maior responsabilização desses jovens. Assim sendo, encontra-se em tramitação a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, que visa criar o incidente de desconconsideração da inimputabilidade penal. Sob esse contexto, tem o presente estudo o objetivo de analisar os aspectos formais, políticos e sociais nos quais se basearia uma possível aprovação da Emenda. Para tanto, far-se-á uso da dogmática analítica no intuito de verificar a pertinência da proposta ao ordenamento jurídico, e da teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves quanto ao contexto social e político ao qual a norma seria aplicada. Buscando, dessa forma, realizar uma abordagem completa da norma proposta verificando a possibilidade de enquadramento da mesma na classificação de constitucionalização simbólica. Far-se-á uso da pesquisa bibliográfica como fundamentação do tema, posteriormente, a avaliação dos dados apreciados serão interpretados por meio do método analítico e dialético.

Palavras-chave: Redução da maioridade penal. Constitucionalização simbólica. PEC nº 33/2012.

ABSTRACT

The theme of age reduction for criminal responsibility has permeated the social context with increased intensity due to the higher occurrence rate of juvenile crime and exhaustive disclosure of these cases by the media. Considering the importance of the subject and the intense debate between the for and against the age reduction, the issue was the subject of several proposals for constitutional amendment seeking greater accountability of these young people. So, it is pending before the Proposed Constitutional Amendment nº 33/2012, authored by Senator Aloysio Nunes Ferreira, which aims to create the disregard incident of criminal unaccountability. In this context, this study has the objective to analyze the formal, political and social aspects of which would be based on a possible approval of the amendment. Therefore, will be used analytical dogmatic in order to verify the relevance of the proposal to the law, and the Marcelo Neves symbolic constitutionalization theory on the social and political context in which the rule would be applied. Seeking thus perform a complete approach to the proposed rule, checking the possibility of framing it in the symbolic constitutionalization rating. Will be used of literature as a subject of reasoning, then, the evaluation of the data will be appreciated by the analytical and dialectical method.

Keywords: Reduction of legal age. Symbolic constitutionalization. PEC nº 33/2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO.....	9
1.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO.....	9
1.2 DOGMÁTICA JURÍDICA.....	13
1.2.1 Hermenêutica	14
1.2.1.1 Escolas de Hermenêutica: Dogmática e Zetética.....	15
1.3 A DOGMÁTICA ANALÍTICA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR.....	16
1.3.1 Conceito de Norma Jurídica.....	18
1.3.2 Validade, vigência e eficácia.....	19
1.3.3 Objeto da Dogmática Analítica.....	21
1.4 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA PROPOSITURA DA PEC Nº 33/2012.....	21
1.5 A PEC Nº 33/2012 SOB O ENFOQUE DA DOGMÁTICA ANALÍTICA	23
1.5.1 Classificação semiótica da PEC nº 33/2012.....	25
1.5.2 Considerações preliminares	28
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	31
2.1 ASPECTOS GERAIS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DE MARCELO NEVES.....	31
2.1.1 Legislação simbólica.....	31
2.1.2 Constitucionalização simbólica.....	34
2.2 A PEC Nº 33/2012 NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	39
3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ANÁLISE DOGMÁTICA E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DA PEC Nº 33/2012.....	44
3.1 ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA PEC Nº 33/2012.....	44
3.2 FUNDAMENTOS LEGAIS DA DELIMITAÇÃO ETÁRIA PARA A IMPUTABILIDADE PENAL.....	46
3.3 ANÁLISE DA PEC Nº 33/2012 SOB OS ENFOQUES DA DOGMÁTICA ANALÍTICA E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, por meio da qual pretende-se criar o incidente de desconsideração da inimputabilidade penal dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, nos casos de crime hediondo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo ou múltipla reincidência em lesão corporal grave e roubo qualificado.

O Código Penal Brasileiro – Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, utiliza-se do aspecto puramente biológico para delimitar a idade que um indivíduo será penalmente imputável. O artigo 228 da Constituição Federal fixa essa idade mínima em dezoito anos. Estabelecendo que os menores de dezoito anos que praticarem atos tipificados como crime ficarão sujeitos à legislação especial.

A legislação que cuida dos menores infratores é a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse estatuto regulamenta as medidas socioeducativas a serem impostas a criança e adolescente em conflito com a lei. A grande crítica a esse dispositivo legal é que, por não ter sido inteiramente implementado, traria uma forma de impunidade para esses indivíduos.

O tema da imputabilidade penal tem dividido a opinião pública, enquanto a sociedade exige do Estado uma solução para a criminalidade infantojuvenil, acreditando que o endurecimento da lei penal possa cumprir esse papel, entidades buscam defender os interesses desses jovens contra a segregação a que leva o atual sistema prisional e destacam que a idade é propícia para o aprendizado, devendo o estado submetê-los a medidas pedagógicas em vez de expor esses jovens às influências negativas de uma condenação penal.

Ao longo dos últimos anos, diversas foram as propostas de emenda constitucional com o escopo de reduzir a idade para a imputabilidade penal, não havendo nenhuma delas logrado êxito. A PEC nº 33/2012 buscou atender aos anseios sociais por mudanças na legislação sem, contudo prever a aplicação de penas de forma indiscriminada a todos os jovens infratores mas,

sob critérios específicos, excepcionalizar a inimizabilidade.

Tendo em vista que o referido debate é embasado em fundamentos bastante subjetivos e propulsionado por casos emblemáticos largamente disseminados pela mídia, propõe-se uma análise jurídica do texto legal proposto a fim de verificar se é uma norma viável ou que não possui perspectiva de resolução do conflito social.

Para a análise da viabilidade jurídica far-se-á uso da dogmática analítica, conforme proposta por Tercio Sampaio Ferraz Junior, dada a sua maior abstração para uma verificação imparcial do tema. Para tanto, realizar-se-á uma análise semiótica em seus três aspectos: sintático, semântico e pragmático.

Ultrapassada essa fase e não se verificando a pertinência jurídico-normativa do texto da proposta de emenda constitucional, far-se-á uma abordagem mais ampla da norma proposta, analisando-a no contexto da constitucionalização simbólica, conforme apresentado por Marcelo Neves. Por meio dessa análise, objetiva-se a verificar a motivação para uma possível aprovação da PEC, a despeito dos indícios de não concretização da norma. A teoria de Neves busca essa motivação no sistema político, sobrepondo-se ao jurídico de forma a atender, teoricamente por meio da aprovação de lei, ao anseio da sociedade, demonstrando uma aparente resolução do conflito.

O foco do presente estudo está na possibilidade de identificação da PEC nº 33/2012 como um caso de constitucionalização simbólica nos termos da teoria de Marcelo Neves. Para tanto, será realizada uma abordagem introdutória partindo dos conceitos de direito natural e direito positivo, adentrando no aspecto da dogmática analítica, sob cujo enfoque analisar-se-á a PEC nº 33/2012.

No segundo capítulo será abordada a teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves, realizando a segunda análise da PEC no contexto apresentado pelo autor.

O terceiro capítulo será iniciado com uma abordagem legal e doutrinária a respeito da inimizabilidade penal no Brasil, posteriormente, verificar-se-á a motivação para a discussão e possível aprovação da PEC nº 33/2012, não havendo viabilidade jurídica para sua concretização, demonstrando tratar-se de um caso de constitucionalização simbólica.

Para fins de abordagem, utilizar-se-á o método dogmático. Realizando-se uma verificação dos aspectos que compõem o problema proposto. Nesse ínterim, uma abordagem analítica do problema proposto parte necessariamente da compreensão da estrutura de uma norma jurídica de legislação simbólica e da compreensão da estrutura de uma norma jurídica dogmática, para, com vistas à observação de seus aspectos materiais e formais, deduzir discrepâncias ou aproximações através de um método dialético.

Assim, o estudo da PEC nº 33/2012 no âmbito da constitucionalização simbólica será realizado por meio da análise contextual, buscando proporcionar um diálogo não apenas com outras teorias, mas também com a realidade em que ocorre.

1 JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO

1.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO

Na mitologia grega, o direito se manifestava na forma de justiça, com representação na forma da deusa Diké. Para os gregos, eram fontes do direito tanto os costumes quanto as leis, sem qualquer caráter religioso ou divino (MADEU; MACIEL, 2012).

Para Aristóteles, nem todas as leis emanadas de autoridades políticas eram justas, pois a justiça “é uma virtude individual com características de alteralidade, ou seja, dirigida ao convívio com o próximo” (MADEU; MACIEL, 2012, p. 33). Inicialmente, Aristóteles entendia que havia equivalência entre a lei e a justiça, considerando a justiça como fenômeno estatal, entretanto, confrontado pelo fato de haver leis injustas, estabelece duas classes de leis: uma estabelecida pelos homens e outra advinda da natureza, chamada de lei natural (MADEU; MACIEL, 2012).

A partir do cristianismo, o direito natural permanece tal qual entendido por Aristóteles, no entanto, passa a ser compreendido como conteúdo divino do ser humano. Dessa forma, “o Direito encontra o seu fator de legitimação em uma norma fundamental transcendental, que é a revelação de Deus” (MADEU; MACIEL, 2012, p. 37). Assim, a lei natural deixa de ser considerada proveniente da natureza e adquire um aspecto divino imanente ao ser humano (MADEU; MACIEL, 2012).

Na era moderna, surge a escola Clássica do Direito Natural, inaugurada por Grotius, que afasta o direito natural de todo dogma religioso ou teológico, abandonando a natureza divina e se fixando no direito racional, pois a razão humana estaria acima de qualquer dogma religioso, presente em todo ser humano independentemente da fé professada. Assim, o Direito poderia ser considerado uma ciência independente (MADEU; MACIEL, 2012).

O jusnaturalismo moderno, fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

Em síntese pode-se afirmar, com Nader (2014, p. 79, grifo do autor), que “O Direito Natural revela ao legislador os princípios fundamentais de proteção ao homem, que forçosamente deverão ser consagrados pela legislação, a fim de que se obtenha um ordenamento jurídico substancialmente justo” e “*Positivo* é o Direito institucionalizado pelo

Estado. É a ordem jurídica obrigatória em determinado lugar e tempo”.

Assim, considerado *natural* o direito espontâneo, revelado pela experiência e pela razão, eterno e imutável, utiliza-se do termo *positivo*, para opor-se a ele, sendo o direito criado pelo Estado. Vê-se, por conseguinte, que surge o direito positivo para substituir o direito natural, afasta os valores da concepção de direito, e passa a valorizar o formalismo e a impessoalidade na resolução dos conflitos sociais.

Bobbio (1995, p. 19) assim distingue o direito natural do direito positivo na era medieval: “a sua característica [do direito positivo] é a de ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus)”.

Daí depreende-se a principal característica do direito positivo: o de ser criado pelo homem, sem traços de religiosidade. Antes da criação do Estado Moderno, coexistiam as leis naturais e positivas, sendo que o direito positivo era legitimado pelo direito natural. O juiz possuía a faculdade de utilizá-las da forma que melhor atendessem à necessidade de resolução do conflito. Nas palavras de Bobbio (1995, p. 28):

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas essas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”.

Antes de prosseguir, convém apresentar algumas diferenças entre o direito natural e o positivo, serão utilizados alguns critérios de diferenciação trazidos por Bobbio (1995), que afirma: o direito natural é universal, posto pela razão natural, é imutável, conhece-se pela própria razão e estabelece aquilo que é bom; por outro lado o direito positivo é particular, tem efeito apenas na sociedade em que é posto, provém do povo e é mutável no tempo e no espaço, é conhecido por meio da vontade alheia (promulgação) e estabelece o que é útil por meio de critérios econômicos ou utilitários ao contrário dos critérios morais adotados pelo direito natural.

No Estado moderno, as leis naturais e as positivas deixam de estar no mesmo patamar, reconhecendo-se apenas as leis emanadas do Estado, que passam a confundir-se com o próprio direito.

Na acepção de Bobbio (1995), o direito pode ser considerado como o conjunto de regras aplicadas em determinada sociedade com o escopo de dirimir uma controvérsia entre dois sujeitos, resultante da violação dessas regras por parte de um desses indivíduos, cabendo a resolução do conflito a um terceiro, cuja solução se tornará precedente para casos semelhantes posteriores.

No jusnaturalismo as regras a serem utilizadas provinham de diversas fontes: costumes, equidade ou extraídas do próprio caso em julgamento. Já no Estado moderno, nenhuma outra fonte era reconhecida, permanecendo apenas as leis positivadas, portanto, o direito se identificava com a lei positiva por ser a única aceita na resolução de conflitos.

Por conseguinte, o juiz deixa de ter autonomia no ato do julgamento, era obrigado a utilizar-se da lei posta pelo legislativo, e sua função passa a ser a de um verdadeiro funcionário do Estado. Assim, com a constituição do Estado Moderno, o juiz fica restrito no seu julgamento às normas emanadas ou reconhecidas pelo Estado, refutando-se o direito natural e considerando somente a lei do estado como direito a ser aplicado (BOBBIO, 1995).

Acerca do positivismo jurídico:

é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo (BOBBIO, 1995, p. 26, grifo do autor).

O positivismo jurídico encara o direito como fato e não como valor: o jurista deve estudar o direito sem, contudo, atribuir-lhe valor. Dessa forma, a teoria de validade da norma se funda nos seus aspectos formais e não em seu conteúdo. O direito é definido em função da coação e a norma é imposta por meio da força. A principal fonte do direito é a lei, esta lei é compreendida como um comando, cujo preceito traz em si a razão da obediência (BOBBIO, 1995).

Essas características remontam especialmente ao positivismo jurídico clássico, sendo que a primeira manifestação da moderna ciência do direito surge no século XIX por meio da escola da exegese. Para os pensadores desta escola não há margem nos códigos para o arbítrio do intérprete, sendo o direito avalorativo e neutro. Difundiram, assim, o silogismo judicial, “segundo o qual a lei cumpre a função de premissa maior de um silogismo perfeito, cuja

premissa menor seria o fato e que teria por conclusão a sentença ou decisão judicial” (MADEU; MACIEL, 2012, p. 41).

Bobbio (1995, p. 221) traz outra característica do juspositivismo, o formalismo:

O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência às formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa.

O positivismo também considera o ordenamento jurídico como um todo completo e coerente, não tomando mais a norma em sua estrutura singular, mas dentro do conjunto de outras normas vigentes numa sociedade. A atividade interpretativa do direito reduz o jurista a um aplicador mecânico da lei, num mero ato de subsunção.

Nesse contexto, o aplicador do direito deveria, por meio de técnica – tecnologia jurídica, aplicar a lei ao caso concreto sem permitir a problematização de seus pressupostos. Propunha um corte na realidade, abstraindo o conflito de seu contexto social, tomando em consideração apenas os pontos necessários para a tomada de decisão (FERRAZ JUNIOR, 2011).

O respeito ao direito posto fez-se necessário como forma de proporcionar segurança frente ao enfraquecimento da justiça causado pelo arbítrio das decisões que eram proferidas pelo Estado absolutista, pois a justiça em alto grau dependia do sistema político arbitrário que proferia decisões sem qualquer forma de controle. Sob a influência da Escola da Exegese, que ganhou força ao longo do século XIX, a supervalorização do direito posto e a crescente identificação do jurídico ao legal, chegou-se ao legalismo extremo, ou seja, o direito foi reduzido à lei, o que gerou outro fato perturbador: o da mutabilidade do direito frente a possibilidade de alteração da lei e de seus pressupostos de validade (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Em resposta a percepção da mutabilidade do direito, surge a Escola Histórica do Direito, sendo o jurista alemão Savigny seu maior expoente, para cujos pensadores o direito não é um fenômeno que ocorre na História, mas que é histórico em sua essência. Na concepção de Savigny (1840 *apud* FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 51)

não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente o objeto de ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo (o ‘espírito do povo’), este sim a fonte originária do direito, que dá sentido (histórico) ao direito em constante transformação.

Desta forma, o direito não se resume a regra genérica e abstrata da lei, mas refere-se aos institutos do direito com expressões concretas, típicas e vitais. Assim, conclui-se com Nader (2014) que essa Escola foi criada para combater o movimento racionalista, e defendia que o costume seria a principal fonte do direito por ser o próprio *espírito do povo* e que o fenômeno jurídico não poderia ser representado pelo raciocínio puro e por meio de método dedutivo.

1.2 DOGMÁTICA JURÍDICA

As características mais marcantes da origem do pensar dogmático são, em primeiro lugar, a concepção do jurídico como um sistema fechado, perfeito e acabado, cujas lacunas são apenas aparentes, pois cada norma está completa pela norma hierarquicamente superior e mais genérica.

A partir dessa concepção, a Escola da Jurisprudência dos Conceitos, que se seguiu à Escola Histórica, acentuou o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, que era concebido como uma pirâmide de conceitos, na qual o sistema jurídico, fechado e acabado, constituía-se de desdobramentos de conceitos e normas abstratas tomadas a partir da generalidade para a singularidade (FERRAZ JUNIOR, 2011).

A moderna ciência dogmática desenvolveu-se com base na segunda característica, implícita na primeira, “trata-se da ideia do sistema como um método, como um instrumento metódico do pensamento dogmático no direito” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 54). Ligados a essa característica, estão o procedimento construtivo e o dogma da subsunção, que marcaram significativamente o desenvolvimento da dogmática do século XIX.

A Dogmática Jurídica tem como ponto de partida as normas jurídicas e tem como função sistematizar e descrever a ordem jurídica vigente, deve revelar o *ser* do direito. Não possui natureza crítica, “não penetra no plano de discussão quanto à conveniência social das normas jurídicas” (NADER, 2014, p. 10). Assim, seu foco está na sistematização do ordenamento não adentrando na discussão sobre os valores de justiça.

Portanto,

[...] todo o arcabouço pretensamente científico sobre o qual repousa, de modo quase incontestado, a concepção dogmática do direito é uma teoria geral que trata de estabelecer o quadro metodológico, os fundamentos e limites objetivos que devem pautar a teoria do direito positivo (COELHO, 2003, p. 207).

Assim, Ferraz Junior (2011, p. 53) conclui sobre o surgimento da moderna dogmática: “Em resumo, aquilo que a razão representou para os jusnaturalistas passou a ser substituído pelo fenômeno histórico. Surgiu, assim, dessa exigência de uma fundamentação da mutabilidade do direito, a moderna Dogmática”. E mais adiante:

A tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos, descambando por fim, já ao final do século XIX, para o positivismo legal, com uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito (cf. Reale, 1969:361). Esse desenvolvimento redonda na configuração de um modo típico de pensar o direito e que se transformou na que ainda hoje conhecemos como Ciência Dogmática de Direito (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 53).

Do exposto até aqui, pode-se afirmar que, com o surgimento do Estado Moderno, o direito natural deu lugar ao positivismo, que visava proporcionar maior segurança jurídica à sociedade. Os positivistas de tal forma refutaram o direito natural que, em busca dessa segurança, afastaram do direito a axiologia, inclusive quanto aos valores de justiça.

O direito como fenômeno empírico, foi reduzido ao direito posto. Ao conjunto de leis postas pelo estado foi atribuído caráter científico, como sistema de leis acabadas e fechadas à intervenção. O próprio intérprete da lei estava sujeito ao dogma da subsunção, ou seja, cabia-lhe aplicar a lei ao caso concreto sem realizar qualquer juízo de valor.

A partir daí a dogmática jurídica surge como instrumento pelo qual o jurista, partindo da lei, identifica o *ser* do direito, buscando sistematizá-lo de forma objetiva e interpretá-lo sem interferir nele.

Por meio da dogmática busca-se preservar a cientificidade do direito, abstraindo-o do meio social por uma técnica preestabelecida para sua interpretação e aplicação ao caso concreto. Tendo em vista que toda a atividade jurídica passa obrigatoriamente pela interpretação daquele que tem a função de aplicá-lo aos casos concretos, faz-se necessária uma análise, ainda que superficial, das técnicas interpretativas.

1.2.1 Hermenêutica

Na visão de Häberle (1997 *apud* MACIEL, 2012), a norma jurídica não existe sem interpretação, ou seja, o que existe é a interpretação de uma norma, e ainda, todo indivíduo

alcançado pela norma é, direta ou indiretamente, um intérprete. O ato de interpretar consiste em situar a norma no tempo e integrá-la na realidade pública.

Para Vicente Ráo (1999 *apud* MACIEL, 2012, p. 76) a hermenêutica “tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação”.

No entanto, tem sido cada vez mais aceito que é impossível manter a interpretação jurídica isenta de valorações, e que a neutralidade axiológica, pretendida pelo positivismo, mantém-se num plano utópico, pois a visão de mundo do intérprete sempre se fará presente, de alguma forma, no produto de sua interpretação (MACIEL, 2012).

Seguindo nesse sentido, percebe-se que o ato de interpretar carrega em si os pressupostos do próprio intérprete, conforme a realidade social em que está inserido. Como afirma Streck (2011, p. 278):

Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar de uma relação sujeito-objeto, passando-se a falar de uma relação sujeito-sujeito. [...] De que modo é possível controlar o intérprete, para que este não 'diga qualquer coisa sobre qualquer coisa'? Ele é controlado pela tradição, pelos 'constrangimentos linguístico-epistemológicos' que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo.

Tendo em vista que a norma é o produto da interpretação do texto da lei, torna-se impossível a existência de norma sem interpretação, passando obrigatoriamente por ela para ser compreendida, não é possível dissociar o ato interpretativo da prévia compreensão do intérprete.

Dessa forma, a interpretação constitucional, embasada nos princípios constitucionais, funciona como limite ao intérprete da norma pois não se poderia admitir que o ato de interpretação pudesse desfigurar o próprio direito.

1.2.1.1 Escolas de Hermenêutica: Dogmática e Zetética

A hermenêutica pode ser representada em diversas escolas, porém, em geral, essas escolas podem ser classificadas em dois grupos, de acordo com a prevalência de uma atitude racionalista ou empirista.

Seguindo essas características gerais, que representam o dualismo presente na metodologia hermenêutica, podem ser destacadas duas orientações fundamentais: a zetética e a dogmática.

Para as escolas zetéticas, os exageros do dogmatismo exegético devem ser superados, incluindo-se na interpretação do direito a relação com os fins por ele visados. Devendo estar inclusos, assim, o direito local efetivo, a eficácia social, a legitimidade do poder instituído, dentre outras considerações (MACIEL, 2012).

Já as escolas dogmáticas seguem no sentido de identificar o direito como o conteúdo das normas. A função do intérprete é adequar o fato à norma, sem verificar fatores externos, inerentes ao caso concreto, fazendo uso do método racional-dedutivo (MACIEL, 2012). O estudo dogmático parte de uma verdade inquestionável, o dogma, buscando a solução de um conflito. Por conseguinte, as questões dogmáticas são regidas pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida, portanto, os juristas devem compreender e aplicar o direito a partir de um determinado marco na ordem vigente. Esse dado inegável constitui uma limitação ao ato de interpretar e aplicar o direito, a partir do qual iniciam sua investigação (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Diante das características apresentadas, cumpre destacar que, para fins deste estudo, eleger-se-á os parâmetros da escola dogmática para a realização da análise proposta, uma vez que seus métodos formais somados a abordagem contextual proposta por Marcelo Neves¹ (1994) proporcionará um estudo mais completo do tema proposto.

1.3 A DOGMÁTICA ANALÍTICA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

¹ Bacharel (1980) e Mestre (1986) em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito pela Universidade de Bremen, com bolsa do DAAD (1991). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt (1996-1998) e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science (10-11.2007), com bolsa da Fundação Alexander von Humboldt. Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg na Suíça (2000). Professor da Faculdade de Direito do Recife da UFPE (1983-2002), Professor Titular de 1993-2002. Visiting Fellow do Instituto de Federalismo da Universidade de Fribourg, Suíça (1998-2000). Bolsista-Pesquisador da Fundação Alexander von Humboldt no Departamento de Ciências Sociais da Universidade Frankfurt am Main, Alemanha (2000). Jean Monnet Fellow no Departamento de Direito do Instituto Universitário Europeu, em Florença, Itália (2000-2001). Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg, Suíça (2001). Professor Catedrático Substituto da Universidade de Frankfurt am Main, Alemanha (2001-2002). Professor Visitante na Universidade de Flensburg, Alemanha (2002-2003). Professor Titular de Direito Público da Universidade de Brasília - UnB desde 19 de julho de 2011. Editor-chefe da Revista Direito UnB (2013-). Visiting Senior Research Fellow da Fundação de Pesquisa Adam Smith da Universidade de Glasgow, Escócia (01-04 e 06-07/2014).

Após essa primeira abordagem conceitual e histórica, passar-se-á ao estudo de alguns aspectos da ciência dogmática, mais especificamente da dogmática analítica na obra de Ferraz Junior (2011). Nas palavras do autor:

Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 57).

Como dito anteriormente, a dogmática visa manter a cientificidade do direito por meio de uma interpretação abstrata que direcione a aplicação da lei ao caso concreto. Para tanto, pressupõe o direito como sistema lógico e fechado.

Para Ferraz Junior (2011, p. 59), o saber jurídico tem tido alterado seu *direito-objeto*, tendo passado de um fenômeno punitivo e repressivo para um “mecanismo de controle premunitivo”. Dessa forma, o saber jurídico ultrapassa o conceito de um saber puramente dogmático para assumir um estatuto teórico de saber tecnológico.

Nesse sentido, esclarece:

Nesses termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 60).

Para Madeu e Maciel (2012, p. 27) “O direito assume feição tecnológica a partir do momento em que os conceitos e sistemas são vertidos em instrumentos voltados à obtenção de um fim”, deixando de ser um fim em si mesmo. Assim, as questões dogmáticas têm uma função diretiva, ou seja, apontam para um dever-ser, visando possibilitar decisões e orientar ações, sendo sempre finitas e positivistas.

Partindo do fato de que o problema central da ciência dogmática do direito é a decidibilidade dos conflitos, o autor apresenta três modelos dessa ciência, conforme o modo de encarar esse problema da decidibilidade: a) dogmática analítica – a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisões; b) dogmática hermenêutica – relação entre hipótese de conflito e hipótese de decisão do ponto de vista do seu sentido; e c) dogmática da

decisão – busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético (FERRAZ JUNIOR, 2011).

No caso em que a decidibilidade de conflitos é vista sob o aspecto da relação hipotética entre conflito e decisão, no qual busca-se determinar as possibilidades de solução para um conflito, o jurista atua aplicando, por meio de um procedimento, o direito à realidade social. Dessa forma, o jurista atuará de modo preponderantemente dogmático, uma vez que, para aplicar o direito a uma realidade e identificar as possibilidades de solução de um conflito, deverá, primeiramente, identificar o que é o direito que, conforme a premissa dogmática, será o ponto de partida inegável (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Para que o jurista identifique objetivamente o direito, com o escopo de resolver as questões dogmáticas, deverá analisar o direito, tendo como ponto de partida inegável a lei. Essa análise compreende um processo de decomposição e de estabelecimento de cadeias de proposições, além dos procedimentos de diferenciação e de ligação, por meio dos quais elabora-se um sistema com a finalidade de decidir conflitos concretos ou potenciais (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Tendo em vista que os critérios da dogmática analítica concentram-se na identificação formal do que é direito, proporcionando um estudo sobre a pertinência de determinada norma ao ordenamento, far-se-á uso de seus métodos para a análise ora proposta.

1.3.1 Conceito de Norma Jurídica

Tendo em vista que, para a dogmática, o ponto de partida inegável é a lei, importante se faz trazer o que diz o autor sobre a norma jurídica na perspectiva da dogmática:

A opinião prevalecente na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, isto é, um *comando* no qual não se identifica o comandante nem o comandado, posto que, de um lado, a figura do legislador ou quem quer que seja o emissor de normas parece perder sua importância depois de posta a norma e, de outro, os destinatários da norma não se identificam, posto que normas jurídicas são *comandos* genéricos e universais (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 90, grifo do autor).

Cabe ressaltar que a lei contém um tipo de norma, não se identificando mais a norma jurídica com a lei, afastando-se do conceito prevalecente no século XIX. “A norma é uma prescrição. A lei é a *forma* de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 199, grifo do autor).

Na concepção analítica, os agentes que realizam as ações descritas na norma são considerados um papel social, abstraindo-se esses aspectos no conhecimento analítico, e reaparecendo quando da interpretação e aplicação da norma.

Analisando a norma sob o ponto de vista de sua estrutura, Ferraz Junior (2011, p. 88) afirma:

[...] em síntese, em sua totalidade, normas jurídicas são expressões de expectativas contrafáticas, institucionalizadas e de conteúdo generalizável. Compõem-se, destarte, de mensagens, emissores e agentes receptores. As mensagens ocorrem em dois níveis: o da relação ou cometimento e o conteúdo ou relato.

A institucionalização mencionada pelo autor refere-se ao reconhecimento da autoridade do emissor da mensagem. Sendo esse reconhecimento fundamental para se considerar uma norma como sendo jurídica. Ou seja, “o que vai dar caráter jurídico à norma é a institucionalização dessa relação de autoridade” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 82).

Quanto aos níveis em que ocorrem as mensagens, o relato refere-se ao conteúdo, não qualquer conteúdo, “mas apenas os que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, com base nela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 87).

O cometimento, por sua vez, refere-se à determinação, o imperativo, contido simultaneamente na mensagem. “É nessa relação que se localiza o caráter prescritivo das normas” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 80). Revela ainda a relação de controle que o emissor possui frente ao receptor.

Em outras palavras, Ferraz Junior (2000, p. 141, grifo do autor) define norma jurídica como sendo “discursos heterólogos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem fim”.

Assim, de modo geral, as normas jurídicas tendem a orientar a ação, prescrever um comportamento desejado, possuem caráter vinculante, coercitivo, impõem uma consequência jurídica e orientam a tomada de decisões.

1.3.2 Validade, vigência e eficácia

O simples conceito de norma jurídica para a dogmática analítica não se torna suficiente para identificar uma norma como jurídica e existente em dado momento. Ferraz Junior (2011, p. 144, grifo do autor) afirma:

A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos, então, que a validade de uma norma depende do *ordenamento* no qual está inserida.

O ordenamento aqui não significa um simples conjunto de normas que, juntamente aos elementos não-normativos compõem o *repertório*. Mas, além de conjunto de elementos, é também uma estrutura, que compreende um *conjunto de regras* que determinam as relações entre os elementos (FERRAZ JUNIOR, 2011). Possuindo a estrutura e o repertório, o ordenamento é considerado um sistema. Considerando o ordenamento jurídico como um sistema, cumpre à dogmática verificar a validade de determinada norma identificando-a pertencente a determinado ordenamento.

Quanto ao conceito de validade e vigência da norma jurídica, sob o aspecto dogmático, considera-se validade como sendo “uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequente integração no sistema” e vigência “uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 171).

Quanto à eficácia, o autor, distinguindo entre eficácia social e eficácia técnica, traz o seguinte conceito:

eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para satisfação de objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica) (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 171, grifo do autor).

Depreende-se desse conceito que o campo de investigação da dogmática analítica, a despeito de tratar da produção concreta de efeitos – a resolução do conflito, esta é verificada por meio da *possibilidade* e das *condições* para o atingimento dos fins previstos pela norma.

1.3.3 Objeto da Dogmática Analítica

Para Ferraz Junior (2011) o sistema jurídico, nas sociedades desenvolvidas, constitui um sistema diferenciado e autorregulado, que mantém relações de intercâmbio de informações com outros sistemas sociais, como o político, o religioso e o econômico, mantendo sua autonomia.

Para manter autônomo o sistema jurídico, a dogmática analítica se distancia da realidade quando torna abstratos os agentes e pressões de outros sistemas sociais, para realizar a decidibilidade de um conflito com um mínimo de perturbação social. Para o autor, a dogmática analítica cumpre um papel ideológico dentro de um contexto de dominação política e econômica, pois segrega do contexto do conflito apenas os aspectos necessários para a sua decidibilidade, não o tratando em sua extensão concreta (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Desse modo, a dogmática analítica, propõe uma análise voltada para a orientação da tomada de decisões tendo a lei como seu ponto de partida inegável, seguindo seus pressupostos, realizar-se-á uma análise da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2012 com o intuito de verificar a pertinência dessa proposta ao ordenamento jurídico brasileiro.

1.4 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA PROPOSITURA DA PEC Nº 33/2012

O debate instaurado na sociedade a respeito da redução da maioria penal, levou o tema a debate no Congresso Nacional e, há tempos, vem sendo objeto de propostas de alteração da Carta Constitucional, visando a um maior rigor no tratamento de menores infratores. Exemplos dessas tentativas são as Propostas de Emenda à Constituição nº 74 de 2011, 33, de 2012 e 21, de 2013, todas focadas no intuito de reduzir a idade para a imputabilidade penal, cada uma trazendo suas especificidades.

As propostas mencionadas anteriormente foram analisadas em conjunto pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, tendo o voto do relator se posicionado pela rejeição das PEC nº 74/2011 e 21/2013 e aprovação da PEC nº 33/2012, apresentando texto substitutivo.

A PEC nº 33/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, em sua proposta original, sugere a alteração do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal e a inserção de um parágrafo único ao artigo 228 da Constituição Federal de 1988, trazendo a seguinte redação:

Art. 1º – O inciso I, do art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de imputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos.

Art. 2º – Acrescente-se um Parágrafo Único ao art. 228 da Constituição Federal com a seguinte redação:

Art. 228 -

Parágrafo Único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua imputabilidade, observando-se:

I – Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

II – julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III – cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

IV – capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V – efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da imputabilidade;

VI – cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Justifica-se, na proposta, tal alteração pelo fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não ter sido implementado, não possibilitando uma análise de seus resultados. E, ainda, apresenta que muitos dos menores infratores, às vezes patrocinados por maiores, praticam crimes acreditando na impunidade oferecida pelo ECA.

Relaciona, em seguida, casos emblemáticos ocorridos em nosso país envolvendo crianças e adolescentes. Cita Genilson Torquato, do Ceará, M.B.F, conhecido como “Dimenor”, e “Champinha”, ambos de São Paulo, e o menor, do Rio Grande do Sul, que já havia praticado 112 atos infracionais.

Para o autor da proposta, paira um espírito de impunidade sobre o Estatuto de Menores e, que as medidas socioeducativas nele determinadas não geram o devido temor e, assim, permite que os menores pratiquem infrações confiantes na impunidade. Além disso, outro ponto destacado é a reincidência, para a qual, julga o senador, a PEC assumiria o caráter pedagógico estabelecido pelo ECA, uma vez que puniria aqueles que reiteradamente cometessem infrações, desencorajando a permanência na prática criminosa.

Ao contrário do pretendido pelas outras propostas, a PEC 33 efetivamente não reduziria a idade para a imputabilidade penal como regra, mas preveria, por meio de lei

complementar, a excepcionalização dessa regra para maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, nos casos de crime hediondo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo ou múltipla reincidência em lesão corporal grave e roubo qualificado.

Tendo em vista o amplo debate que se instaurou sobre a imputação de pena a menores de dezoito anos em conflito com a lei, independentemente da forma de sua implementação, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA (2007 *apud* MORAES; RAMOS, 2010, p. 800), emitiu Nota Pública, em 16/02/2007, sobre o assunto, apresentando algumas razões pelas quais se posicionava contrário a alteração da idade para a imputabilidade penal, nos seguintes termos:

- Não há dados que comprovem que o rebaixamento da idade penal reduz os índices de criminalidade juvenil. Ao contrário, o ingresso antecipado no falido sistema penal brasileiro expõe os adolescentes a mecanismos reprodutores da violência, como o aumento das chances de reincidência, uma vez que as taxas nas penitenciárias ultrapassam 60% enquanto no sistema socioeducativo se situam abaixo de 20%;
- A maioria dos delitos que levam os adolescentes à internação não envolve crimes contra a pessoa e, assim sendo, utilizar o critério da faixa etária penalizaria o infrator com 16 anos ou menos, que compulsoriamente iria para o sistema penal, independente da gravidade do ato;
- A redução da idade penal não resolve o problema da utilização de crianças e adolescentes no crime organizado. Se reduzida a idade penal, estes serão recrutados cada vez mais cedo;
- É incorreta a afirmação de que a maioria dos países adota idade penal inferior a 18 anos. Pesquisa realizada pela ONU (Crime Trends) aponta que em apenas 17% das 57 legislações estudadas a idade penal é inferior a 18 anos;
- Por outro lado, é errônea a ideia de que o problema da violência juvenil em nosso país é mais grave uma vez que a participação de adolescentes na criminalidade é de 10% do total de infratores (pesquisa do ILANUD). No Brasil, o que se destaca é a grande proporção de adolescentes assassinados (entre os primeiros lugares no ranking mundial), bem como o número elevado de jovens que crescem em contextos violentos.

Infere-se das opiniões, favoráveis e contrárias manifestadas sobre o assunto, que o tema tem conquistado defensores e opositores munidos com fortes argumentos e convictos em seu posicionamento. Considerando que as opiniões trazem uma grande carga de subjetividade do sujeito que a expressa, submeteremos a PEC à análise dogmática, tendo em vista seus métodos formais e maior abstração quanto ao contexto social.

1.5 A PEC Nº 33/2012 SOB O ENFOQUE DA DOGMÁTICA ANALÍTICA

Considerando que, para a dogmática analítica, a decidibilidade é tida como a relação hipotética entre um conflito e a decisão, pode-se, a partir daí, realizar uma análise sob esse prisma, da pretensão de redução da maioridade penal, matéria objeto da Proposta de Emenda

à Constituição – PEC nº 33/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, em tramitação no Congresso Nacional.

Nessa perspectiva, é possível identificar a pretensão de redução da maioria penal como uma relação hipotética entre o conflito social existente e a possibilidade de decisão desse conflito. Ou seja, dado o conflito existente entre os menores infratores e a sociedade, e a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos em conflito com a lei, a norma que possibilita a desconsideração de inimputabilidade penal nesta faixa etária, representa a relação hipotética entre o conflito existente e a possibilidade de solução desse conflito.

Considerando que a PEC, mencionada acima, seja efetivamente aprovada, alterando o texto constitucional, a pessoa do autor bem como dos demais senadores e deputados envolvidos em sua aprovação, passam a representar um papel social – do legislativo. De outro lado, pelo fato de a norma jurídica possuir um caráter universal e abrangente, não se poderá identificar, também, o comandado, o destinatário da norma.

Assim, dogmaticamente, essa norma geral e abrangente reveste-se do caráter de norma jurídica quando a autoridade que emite a norma é reconhecida, no caso em tela, legisladores democraticamente eleitos para compor o Congresso Nacional e atuar na criação e aprovação de leis de âmbito nacional. Ferraz Junior (2011) chama esse reconhecimento de *institucionalização*.

Além de ser institucionalizada, a norma jurídica deve prescrever um comportamento desejado, no caso em análise, que os adolescentes deixem de cometer atos infracionais. Além disso, vinculam a infração a uma pena, coibindo a prática infracional por meio de uma consequência jurídica. Para o jurista, a norma deve possibilitar a tomada de uma decisão frente a um ato infracional cometido, aplicando o prescrito na norma à realidade social.

A dogmática considera válida uma norma quando esta obedeceu a todas as condições formais e materiais para sua produção, ou seja, a nova norma jurídica se relaciona com as demais normas do ordenamento, estando de acordo com elas. Quanto à PEC, a análise de sua validade ficaria adstrita à formalidade de sua edição, assim sendo, desde que fossem observadas as regras para edição de uma emenda constitucional, como o quórum mínimo, o controle de constitucionalidade, por exemplo, esta seria válida.

A vigência de uma norma é considerada a partir do momento em que esta passa a ter validade no ordenamento jurídico, após a *vacatio legis*, até o momento em que deixa de produzir efeitos legais.

Quanto à eficácia de uma norma jurídica, Ferraz Junior (2011) apresenta duas classificações: a eficácia social, que consiste nas condições que a sociedade tem para observá-la, e dessa forma, possa atingir aos objetivos na solução de conflitos; e a eficácia técnica, que compreende as condições existentes para que a norma seja aplicada à realidade social.

Mesmo quando trata da eficácia, a análise dogmática mantém o foco no aspecto formal, ou seja, verifica a presença de *condições* para a produção de efeitos, não passando ao campo da consequência, após a entrada da lei no ordenamento jurídico. Por esse aspecto, a eficácia social, no âmbito da análise dogmática, observaria apenas as *condições de observância*, por exemplo, se para os adolescentes fossem oferecidas atividades pedagógicas em turno integral, ou simplesmente o acesso à educação e profissionalização, criando opções aos mesmos, evitando que ingressassem no mundo do crime. Do mesmo modo, a eficácia técnica seria observada quando estivessem presentes as *condições de aplicação* da norma, por exemplo, a alteração proposta pela PEC menciona a obrigatoriedade de que os adolescentes condenados cumpram suas penas em estabelecimento diverso daqueles nos quais os maiores de dezoito anos cumprem pena, nesse caso, a eficácia técnica seria observada se fossem criados os estabelecimentos para que os menores de dezoito cumprissem suas penas.

A dogmática analítica foca-se no aspecto formal da norma jurídica, prezando na abstração dos agentes emissores e receptores da norma, transformando-os em papéis sociais. Por essa razão, recebe diversas críticas, no entanto, por meio desta abstração, mantém-se distante de influências de outros sistemas sociais, preservando a autonomia da ciência do direito. No caso específico da pretensão de redução da maioria penal, a abstração dos envolvidos na edição da norma, permitiria a análise puramente jurídica dos fatos sociais, não beneficiando agentes, partidos políticos ou mesmo o sistema político em geral, mantendo o foco na resolução dos conflitos sociais.

1.5.1 Classificação semiótica da PEC nº 33/2012

Após essas considerações iniciais sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012 no âmbito da dogmática analítica, aprofundar-se-á nessa análise dogmática fazendo-se uso da interpretação gramatical, tendo por objeto o texto da referida PEC, do ponto de vista semiótico, em seus três critérios: sintático, semântico e pragmático.

No plano sintático, a análise versa sobre a relação dos signos entre si, ou seja, a relação entre as normas. Tendo por escopo chegar à essência do objeto do estudo, buscando definições reais ou o sentido literal do texto estudado. Seguindo os ensinamentos de Ferraz

Junior (2011), quanto aos critérios sintáticos, as normas podem ser classificadas pela relevância, pela subordinação e pela estrutura.

Assim, pelo critério da relevância, a norma pode ser primária ou secundária. A norma primária tem por objeto a própria ação a qual regula e a secundária, tem por objeto outra norma. Sob essa classificação a Proposta de Emenda à Constituição pode ser considerada uma norma secundária pois não estabelece as formas para a desconsideração da inimizabilidade penal, mas apenas os seus pressupostos, deixando sua regulamentação para uma lei complementar a ser editada futuramente.

Quanto à subordinação, a distinção é realizada quanto às normas-origens e normas-derivadas. As normas-origens são as primeiras de uma série, são hierarquicamente superiores às demais. As derivadas são todas as demais normas da série e remontam à norma-origem. Essa hierarquia normativa pressupõe a existência de uma norma fundamental (KELSEN, 1960 *apud* FERRAZ JUNIOR, 2011) a qual todas as demais remontam. Essa classificação hierárquica permite a resolução dos conflitos entre as normas, devendo sempre prevalecer a que está em nível superior. O texto de uma Emenda Constitucional é por sua natureza norma-derivada, pois jamais poderá contrariar os preceitos constitucionais.

Quanto à estrutura da norma, classifica-se em normas autônomas e normas dependentes. “Assim, podemos dizer que são autônomas as que esgotam a disciplina que estatuem. [...] Dependente é qualquer norma que, não esgotando a disciplina, exige outra” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 98). Considerando que o texto da PEC nº 33/2012 prevê que a matéria será regulamentada por lei complementar, resta claro a sua característica de norma dependente.

Por meio da análise sintática, verifica-se que a PEC nº 33/2012 relaciona-se com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, cuja classificação a reconhece como apta a ser posta.

No plano semântico, o estudo foca-se na relação signo/objeto (MADEU; MACIEL, 2012). Busca-se “definir o uso do termo tendo em vista a relação entre ele e o objeto que comunica” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 15). Para realizar a análise no aspecto semântico, levam-se em conta os destinatários, a matéria, o espaço e o tempo.

Quanto aos destinatários, a norma pode ser geral ou individual. Será geral quando se destinar à generalidade das pessoas, enquanto que as individuais se destinam a controlar o comportamento de uma ou de um grupo de pessoas que podem ser individualizadas, por exemplo, uma sentença ou um contrato.

Assim, pode-se afirmar que o texto da proposta de emenda constitucional é uma norma de caráter geral pois, apesar de tratar de um grupo determinado de jovens – entre dezesseis e dezoito anos – esses jovens não podem ser individualizados, mantendo a característica da generalidade.

Quanto à matéria, as normas podem ser gerais-abstratas, especiais ou excepcionais. As gerais trazem um tipo genérico. Esta pode conter uma norma que excepcione a matéria tratada pela geral. Entre ambas estão as normas especiais, que tratam da mesma matéria da norma geral sem, contudo, contrariá-la, porém, adaptando-a às circunstâncias mais específicas.

No caso em análise, a norma geral presente na Constituição Federal é a da inimputabilidade dos menores de dezoito anos. Ante esse contexto, a proposta de emenda à constituição traz uma exceção a essa norma: a imputabilidade dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos que praticarem crime hediondo ou reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado. Portanto, a PEC nº 33/2012 é uma norma excepcional.

No critério espacial, as normas podem ser nacionais ou locais. A Constituição Federal estabelece as matérias de competência da União, dos Estados e dos Municípios, assim, serão normas nacionais as que têm vigência em todo o território da União e serão locais aquelas leis criadas pelos Estados e Municípios, cuja abrangência é delimitada por critérios territoriais. Nessa classificação a PEC em estudo trata de matéria de competência exclusiva da União (matéria penal) e, tratando de texto constitucional, terá abrangência nacional.

No quesito temporal as normas podem ser permanentes ou temporárias. Serão permanentes aquelas que não estabelecem prazo para a cessação da sua vigência, ao contrário das temporárias que, desde o início da vigência, já se conhece o prazo para seu término. Outra classificação refere-se à retroatividade ou irretroatividade da lei. Em regra, todas as normas são irretroativas, a exceção ocorre quando a retroatividade favorece o réu – retroatividade *in bonam partem*, mesmo nesses casos devem ser respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Outro critério temporal trata da incidência imediata e mediata, relacionados com o início da vigência das leis. As de incidência imediata passam a vigorar a partir da sua publicação, as outras dependem do preenchimento de determinados requisitos.

Tendo-se em vista que a PEC visa alterar texto constitucional, passando a fazer parte dela, será uma norma permanente e irretroativa pois traz critérios mais gravosos para o tratamento da delinquência juvenil, não justificando a retroatividade tendo em vista não beneficiar ao réu e, após as formalidades para sua aprovação e publicação, a norma terá vigência imediata.

Pragmaticamente, “os signos são estudados sob o ponto de vista finalístico, voltado à obtenção dos efeitos esperados, mediante a relação do signo com os seus usuários” (MADEU; MACIEL, 2012, p. 25). Ou seja, deverá ser analisada a resposta do receptor da norma frente ao seu comando, por exemplo, a reação que o novo dispositivo constitucional provocará na classe dos jovens infratores, possibilitando ou não o alcance dos objetivos pretendidos pelo dispositivo legal. Aqui a classificação se dá pela força de incidência, pela finalidade e pelo *funtor*.

Pela força de incidência, as normas podem ser imperativas ou dispositivas. As primeiras referem-se ao fato de que nenhum acordo entre partes afasta a aplicabilidade da norma. Já as dispositivas, permitem que sejam aplicadas apenas se invocadas pelas partes. Para facilitar a compreensão, utiliza-se a classificação quanto a normas de ordem pública ou privada, sendo que em decorrência da própria natureza normativa as de ordem pública prevalecem contra interesses privados. Assim, o texto da PEC pode ser classificado como imperativa, uma vez que deverá ser aplicada sem admitir acordo das partes, e de ordem pública, pois se sobrepõe aos interesses privados.

Sob o critério da finalidade as normas podem ser de comportamento – são aquelas que disciplinam, de forma vinculante, o comportamento pessoal – enquanto que as normas programáticas apenas expressam diretrizes, intenções ou objetivos. Assim, o texto a ser inserido na Constituição Federal, por meio da PEC nº 33/2012 será considerada uma norma de comportamento pois vincula o comportamento dos jovens por meio dos critérios estabelecidos por meio de seu texto.

A terceira classificação pragmática refere-se ao *funtor* e subclassificam-se em: normas preceptivas, proibitivas e permissivas, cujos funtores são, respectivamente: é obrigatório, é proibido e é permitido. As duas primeiras são comutáveis pois, do ponto de vista lógico, ao mesmo tempo que se obriga a realização de uma ação também se proíbe a ação contrária e, esses funtores também podem estar implícitos na norma. Entre as normas permissivas estão as de competência, as que atribuem poderes e as que conferem direitos. Por meio desses funtores, manifesta-se o modo de vinculação da norma, qualificando a relação metacomplementar de autoridade (FERRAZ JUNIOR, 2011).

Verifica-se assim, que o texto da emenda constitucional proposta trata-se de norma preceptiva pois, por meio da imposição de sanção aos jovens infratores fica implícita a proibição da conduta criminosa desses jovens.

1.5.2 Considerações preliminares

Tendo em vista a análise semiótica trazida no tópico anterior, cabe fazer algumas observações a respeito da análise dogmática do texto da PEC nº 33/2012.

Para a aprovação de uma lei dá-se grande enfoque ao aspecto da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de seu texto. Essa análise ocorre especialmente sob os critérios da sintática e da semântica, ou seja, verifica-se a pertinência da nova lei proposta dentro do contexto das outras normas do ordenamento e observando seus critérios de validade.

Considerando a dogmática como técnica de decisão (FERRAZ JUNIOR, 2011), os aspectos sintáticos e semânticos autorizam aos legisladores a aprovar a PEC por um critério puramente político pois, por essa análise, a norma proposta não fere os princípios formais para sua positivação e pode ser classificada como norma jurídica.

No entanto, considerando a abordagem pragmática – sob cuja classificação a PEC nº 33/2012 se enquadra nos critérios de norma imperativa, de ordem pública, de comportamento e preceptiva – que se ocupa da análise da finalidade da norma, pode-se verificar alguns pontos que tornariam inviável a sua aprovação.

Tendo em vista que a norma imperativa deve ser aplicada aos infratores e, sobretudo sendo de ordem pública, o juiz deverá obrigatoriamente aplicá-la ao caso concreto. Essa aplicação deverá ocorrer tão logo a emenda constitucional seja aprovada e publicada, por ser também norma de incidência imediata. O problema quanto a esses aspectos é que o texto normativo prevê o cumprimento de pena em estabelecimento distinto dos que hoje abrigam os demais condenados. Como o aplicador da lei poderá efetivamente aplicar uma norma cujas condições de cumprimento ainda não tenham sido totalmente implementadas?

Sendo esse aspecto suficiente para questionar o propósito para a aprovação de uma norma que, ainda sob o critério dogmático, deixa claro que a sua efetivação ficará comprometida, não estando apta a cumprir seu critério pragmático da finalidade. Buscando responder a esse questionamento, apresentar-se-á no próximo capítulo a teoria de Marcelo Neves.

Cabe, ainda, retomar aqui as concepções a respeito do direito natural e ressaltar que, na formação dos estados constitucionais modernos, o direito positivo incorporou grande parte dos valores do jusnaturalismo. Assim, as doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, estão consagradas nas constituições modernas como princípios normativos fundamentais e têm como destinatários os legisladores e poderes públicos de forma a implantar modelos de direito penal mínimo e garantista, fundamentando a possibilidade de coexistência de um

enfoque científico (descritivo) e um enfoque crítico (valorativo) em relação ao direito positivo (FERRAJOLI, 2002). Assim,

Em particular, os chamados direitos “invioláveis” da pessoa, direitos “personalíssimos” ou “indisponíveis” não são mais do que a forma jurídica *positiva* que os direitos *naturais*, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado moderno, têm assumido como “direitos subjetivos” nas Constituições modernas. Neste sentido bem se poderia dizer que as doutrinas contratuálistas e utilitaristas dos direitos naturais representam a base filosófica do direito penal moderno e mais geralmente do moderno direito público (FERRAJOLI, 2002, p. 288, grifo do autor).

Assim, cabe ao direito natural fundamentar a ordem jurídica constituída, envolvendo-a com valores axiológicos. Para Coelho (1972, p. 65):

Essa fundamentação do direito positivo tem sido encarada através dos tempos mediante duas atitudes básicas: objetivamente, como fonte de validade formal ou material das normas de direito positivo, ou subjetivamente, como critério valorativo pessoal, presidindo o relacionamento entre o indivíduo humano e a ordem jurídica positiva.

Dessa forma pode-se perceber que a validade de uma norma jurídica está além dos critérios formais, buscando sempre confirmar seus objetivos com os critérios valorativos do moderno direito natural.

Ainda em Coelho (1972, p. 68) podemos encontrar a importância dos valores para a compreensão do direito:

A ideia do justo é igualmente essencial à compreensão do direito, pois toda a organização jurídico-normativa, toda doutrina do direito, todo ato de conduta inserido no contexto jurídico-social tem por finalidade e fundamento a realização de uma determinada concepção ideológica, filosófica ou doutrinária, confessional ou não, que se apresenta como justa.

Resta claro que a análise dogmática do direito positivo não é suficiente para estabelecer uma norma jurídica. Devendo fazer parte do conceito de juridicidade também os conceitos de justiça. Dessa forma, retoma-se a indagação sobre a positivação de leis por critérios puramente políticos embasados em análise dogmática sem contemplar a realização ou não de justiça no caso concreto.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

2.1 ASPECTOS GERAIS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DE MARCELO NEVES

Neste capítulo serão abordados os conceitos abordados por Neves (1994) em sua teoria sobre a constitucionalização simbólica. Considerando a necessidade de uma abordagem completa da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, aplicar-se-ão esses conceitos buscando apurar os pressupostos para sua aprovação.

Para uma compreensão da teoria, faz-se necessário o estudo da legislação simbólica, cujos conceitos embasam a constitucionalização simbólica, portanto, no próximo tópico iniciar-se-á esse estudo.

2.1.1 Legislação Simbólica

Marcelo Neves (1994) inicia sua obra *A Constitucionalização Simbólica* apresentando a importância de se delimitar o uso das palavras “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo” em sua teoria. Para tanto apresenta os usos mais importantes desses termos para, após, determinar o sentido em que são utilizados na obra.

Após traçar os usos mais comuns do termo ‘simbólico’ na obra de diversos autores, conclui:

Em primeiro lugar, deve-se observar que a confusão do simbólico com o semiótico, que encontramos nas concepções de Cassirer, Lévi-Strauss e Lacan, é incompatível com o uso da expressão ‘legislação simbólica’, na medida em que toda produção humana de sentido — portanto, também a legislação — seria simbólica. Estaríamos, então, no caso de uma tautologia.

Também não nos parece que se possa vincular o sentido de simbólico em Jung, expressão de significado desconhecido e incompreensível, com o problema da legislação simbólica (NEVES, 1994, p. 25).

Afirma, afinal, que o uso do termo ‘simbólico’, empregado em sua teoria, mais se aproxima com o uso do termo na obra freudiana, *in verbis*:

Talvez se possa vislumbrar uma analogia com a concepção de simbolismo freudiana, na medida em que nela se distingue entre significado latente e significado manifesto. *Poder-se-ia, então, afirmar que na legislação simbólica o significado latente prevalece sobre o seu significado manifesto* (NEVES, 1994, p. 25, grifo nosso).

O significado manifesto refere-se à intenção primeira do texto, ou seja, o objetivo que se depreende da sua leitura; já o significado latente, está relacionado com a intenção oculta que o autor tem com a sua criação, estando ligado a uma finalidade diversa daquela que, a princípio e aparentemente, atribui-se ao texto.

Nesse ponto, deixa claro o uso da expressão legislação simbólica, no entanto, vai além: “Assim é que legislação simbólica aponta para o predomínio, ou mesmo, hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental” (NEVES, 1994, p. 26).

Consequentemente, a atividade legislativa acaba por ficar a serviço dos interesses do legislador ou mesmo do sistema político, deixando de se dedicar exclusivamente a sua função de solucionar os conflitos sociais. Dessa forma desvirtua-se a finalidade primordial da atividade de criação de leis, deixando de realizar sua função jurídico-instrumental para atender a finalidades diversas e estranhas ao direito.

O autor faz menção à comparação apresentada por Gusfield (1986 *apud* NEVES, 1994, p. 26), de que “a distinção entre ação instrumental e simbólica é, em muitos aspectos, similar a diferença entre discurso denotativo e conotativo”. Enquanto que na denotação, expressão e conteúdo são mais conexos, na conotação há maior ambiguidade da linguagem. Conclui que a ação instrumental seria denotativa, pois orienta a ação para um fim determinado, enquanto que a ação simbólica se equipararia à conotação, pois “o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto” (NEVES, 1994, p. 26).

Do conceito acima, infere-se que a norma instrumental orienta a conduta para um fim específico, estabelecido no próprio texto normativo, sendo um instrumento apto a estabelecer as regras e orientar a ação de acordo com sua finalidade precípua. Já a norma simbólica possui um significado expresso em seu texto que, no entanto, não se relaciona ao seu sentido mediato. Ou seja, ela não está apta a orientar a conduta pois o direcionamento expresso no texto – seu conteúdo normativo-jurídico – não era o foco do legislador, mas possuía outra finalidade, oculta pela sua aparência de norma jurídica.

Dessa forma, a legislação simbólica tratada por Neves vai além de uma contraposição entre o conceito de direito simbólico e instrumental. A legislação simbólica presume um caráter preponderante político-ideológico em detrimento do normativo-jurídico.

Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica (NEVES, 1994, p. 32).

Assim a legislação simbólica tratada por Neves não abrange apenas o texto da lei, mas também o sentido existente no próprio ato de elaboração da norma, esse sentido deve ser diverso da finalidade jurídica, sobrepondo-se a essa e interferindo negativamente na produção dos efeitos descritos no texto da lei.

Para facilitar a compreensão do significado de legislação simbólica, Neves traz a classificação tricotômica de Kindermann (1989 *apud* NEVES, 1994, p. 34): “Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios”.

No primeiro caso, a busca pela atividade legislativa para a resolução de um conflito – no qual os interesses de uma classe prevalecerão em detrimento dos de outra – não representa a preocupação dos indivíduos com a eficácia instrumental da norma, mas, acima de tudo, representa a busca pelo reconhecimento de seus valores, tornando-se tão somente um símbolo de *status* da classe vencedora.

O segundo, também chamado de legislação-álibi, tem por escopo fortalecer a confiança da sociedade no sistema jurídico-político e na capacidade de atuação do Estado. A legislação-álibi está intimamente relacionada com a resposta do legislador à pressão popular por solução de conflitos de repercussão geral. Nesse contexto, o legislador busca demonstrar o interesse pessoal ou do Estado nas expectativas dos cidadãos, por meio da edição de normas de caráter generalizado ou sem que haja indícios ou estudos que assegurem as necessárias condições de efetivação das mesmas, com o escopo de agradar a população com uma *aparente* atuação e rápida resposta à exigência social.

Com relação à última classificação apresentada, o adiamento da solução ocorre quando uma norma é editada para atender aos interesses de uma determinada classe, no entanto, a previsão da ineficácia da norma ou da sua não aplicabilidade ou coercibilidade faz com que a classe com interesses contrários a aceite sabendo que não haverá grandes mudanças práticas. Ficando, dessa forma, adiada a resolução efetiva do conflito, mas garantindo que nenhum dos grupos se insurja contra o poder político.

Para prosseguir no estudo da teoria de Neves, faz-se necessária uma abordagem sobre o conceito adotado pelo autor no estudo da norma jurídica.

Para tratar da eficácia da norma, Neves (1994, p. 42) o faz a partir do conceito acolhido pela Teoria Pura do Direito, ou seja, no seu sentido empírico, real ou sociológico, no qual “a eficácia diz respeito à conformidade das condutas à norma”, ou seja, verifica-se se a norma foi observada, aplicada, executada ou usada. Assim sendo, a lei deixa de possuir eficácia quando ocorre rejeição, desconhecimento, desconsideração, inobservância, inexecução e desuso.

Comparando os conceitos de eficácia e efetividade, o autor esclarece:

[...] pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do “programa condicional”, ou seja, à concreção do vínculo “se-então” abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo “meio-fim” que decorre abstratamente do texto legal (NEVES, 1994, p. 46).

Exemplificando os conceitos acima, pode-se afirmar que a criação do incidente de desconsideração da inimizabilidade penal será eficaz se cumprir o vínculo “se-então”, ou seja, se o maior de dezesseis e menor de dezoito anos cometer algum dos crimes previstos no rol trazido pela lei, então será desconsiderada sua inimizabilidade penal e será julgado sob as regras do Código Penal. A mesma norma seria efetiva se produzisse o efeito esperado de redução da prática de crimes pelos jovens, cumprindo seu programa finalístico.

Mesmo que uma norma não seja eficaz ou efetiva, ou seja, não produza os efeitos jurídicos esperados, ela sempre produzirá efeitos. Nesse ponto, Neves aponta os efeitos indiretos ou latentes presentes no ato de produção da norma jurídica. Por exemplo, os efeitos que a atividade legislativa causa para o elaborador de um projeto de lei em sua carreira política.

Após essa breve abordagem conceitual da legislação simbólica, essencial para a compreensão da constitucionalização simbólica, passa-se a abordar o conceito de constitucionalização simbólica, presente na obra de Neves.

2.1.2 Constitucionalização simbólica

Partindo dessa ideia de legislação simbólica, o autor passa a caracterizar a Constitucionalização Simbólica. Apresenta, então, a diferenciação entre legislação e constitucionalização simbólica:

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios

específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional (NEVES, 1994, p. 90).

A constitucionalização simbólica pode ser abordada por meio de seus elementos caracterizadores classificados em dois aspectos: o negativo e o positivo. O primeiro aspecto, trata da insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional. Sendo assim,

O problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha sua relevância específica, no âmbito da Constitucionalização simbólica, ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição (NEVES, 1994, p. 84).

Dessa forma verifica-se um texto constitucional includente contrapondo-se a uma realidade social excludente, culminando na não concretização, ou numa concretização restritiva, do texto constitucional.

No caso da constituição brasileira, há a previsão da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227) além de todas as demais garantias ao indivíduo em geral, no entanto, a realidade em que se encontram os jovens, dentro do contexto econômico da maior parte da população, sem acesso à moradia, à educação e à saúde, por exemplo, torna-se difícil a concretização do texto constitucional, independentemente de a proposta de redução da maioria penal trazer em seu texto a garantia aos direitos fundamentais e um tratamento diferenciado aos jovens em conflito com a lei, esse contexto social ao qual será aplicada tornará sem efeito a orientação da conduta desses jovens. Não dá para esperar um resultado diferente pela simples alteração de uma lei sem uma correlata mudança na sociedade na qual esses indivíduos estão inseridos.

Situação essa reconhecida em nossos tribunais, nos termos da ementa abaixo:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS GRATUITOS. MEDIDA QUE NÃO É IMPEDIDA PELO PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. PAPEL ATIVO DO MAGISTRADO NO ESTADO SOCIAL, RESPEITADOS CERTOS LIMITES. 1. Havendo suposta colisão entre o direito à vida da autora e o prejuízo aos cofres públicos, deve o magistrado optar pela primeira, uma vez que não há bem jurídico que deva receber maior proteção, conforme a inteligência que merece o "caput" do art. 5º da Constituição Federal de 1988. 2. *O constitucionalismo moderno é marcado pela incorporação de uma legislação simbólica, que atribui direitos sociais e é, em geral, carente de eficácia normativa, exprimindo um sentido promocional prospectivo e exigindo um trabalho de implementação.* 3. Esta exigência de implementação tornaria legítima a desneutralização da função do Judiciário, ao qual, perante os direitos sociais ou

perante sua violação, não cumpriria apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei, mas também examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados. 4. Não há como manter a velha concepção de que as normas programáticas, como as que estabelecem o direito à saúde, são meras diretrizes a serem seguidas de acordo com a livre discricionariedade do administrador público. 5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 6. Apelações improvidas. (Apelação Cível nº AC 3303 SP 0003303-21.2005.4.03.6113, grifo nosso).

Sob o aspecto positivo, a constitucionalização simbólica se manifesta “na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico” (NEVES, 1994, p. 86).

Por esse aspecto, tem-se que a proposta de redução da maioria penal, patente a impossibilidade para a redução da criminalidade infantojuvenil, possui uma finalidade diversa daquela que se depreende de seu texto. Não sendo essa finalidade jurídica, resta crer que sua implementação estaria a serviço de um discurso político-ideológico, possivelmente com finalidade eleitoral.

Para Neves (1994), os sistemas jurídico e político são autônomos, possuindo uma norma estrutural comum: a Constituição, em cuja opinião está corroborado por Mendes e Branco (2014, p. 37) nas seguintes palavras:

A Constituição assume a missão de organizar racionalmente a sociedade, especialmente na sua feição política. É o estatuto do poder e o instrumento jurídico com que a sociedade se premune contra a tendência imemorial de abuso dos governantes. É também o lugar em que se expressam as reivindicações últimas da vida em coletividade e se retratam os princípios que devem servir de guia normativo para a descoberta e a construção do bem comum.

Pimenta (2007) também menciona a dupla função – política e jurídica – da constituição, a definindo como o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado; e juridicamente, como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém as normas de sua organização.

Ainda nesse sentido, Madeu e Maciel (2012) admitem haver diversas perspectivas para análise da relação entre política e direito, partindo do modelo clássico de divisão dos poderes proposto por Montesquieu, cujos poderes, independentes e harmônicos, inter-relacionam-se por intermédio da política. Afirmam ainda que a “atividade jurisdicional é eminentemente política”, sendo assim, “Fica patente que as instituições jurídicas fazem parte da organização política de uma sociedade” (MADEU; MACIEL, 2012, p. 28).

O compartilhamento desta estrutura comum possibilita a interpenetração e interdependência recíprocas, causando relações de dependência e independência entre

sistemas autorreferentes. A despeito desse canal de interferência, o texto constitucional assegura a autonomia do Direito diante da política ou de qualquer outro sistema. No entanto, a falta de concretização normativa atua como um bloqueio político à autonomia do Direito. Nas palavras de Neves (1994, p. 131):

No caso de constitucionalização simbólica, a politização adiferenciante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do Direito. Mas do sentido em que se orienta a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico.

Demonstrando sua preocupação quanto à autonomia do Direito, especialmente frente à Política e à Economia, o autor conclui que as principais consequências da Constitucionalização Simbólica, conforme demonstradas acima, são: a) a não concretização da norma constitucional e b) a predominância ideológico-política sobre o normativo-jurídico. A partir dessa ideia geral, Neves apresenta diversas implicações da constitucionalização simbólica.

A constitucionalização simbólica é apresentada como a hipertrofia da função ideológico-política em detrimento do aspecto normativo-jurídico da norma constitucional. Deixado em segundo plano o aspecto normativo-jurídico da norma, esta deixa de estar apta a produzir os efeitos desejados pelo Direito, atendendo primordialmente aos interesses dos detentores do poder, funcionando como constitucionalização-álibi.

Quando a constitucionalização simbólica chega ao extremo de discrepância entre o texto e o discurso normativos e sua concretização, os agentes políticos e o sistema jurídico ficam desacreditados, contrariamente ao efeito primeiramente esperado: o de aumentar a confiança do povo na capacidade de atuação do Estado.

No caso em apreço, para citar apenas um exemplo da discrepância entre o texto e a concretização normativa, basta citar o inciso VI, que seria acrescido ao artigo 228 da Constituição Federal, que estabelece que os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos devem cumprir pena em estabelecimento diverso daqueles destinados ao cumprimento de pena dos demais apenados. A criação desses estabelecimentos para cumprir o novo preceito legal é uma ideia bastante utópica, quando partimos da realidade degradante em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro. Assim sendo, como acreditar que, com a aprovação da Emenda Constitucional essa realidade se transformaria para esse novo público.

Assim, partindo do pressuposto de que a ressocialização desse menor ficaria prejudicada pela falta de estabelecimento adequado para o cumprimento da pena, pelo fato de compartilhar o ambiente prisional com adultos habituados com a prática criminosa, seja pela falta de programas socioeducativos voltados à reintegração do condenado à sociedade, a exemplo das atuais penitenciárias, ver-se-ia o fracasso da medida ora proposta na ressocialização dos jovens e, sem essas mudanças práticas na política criminal, não haveria perspectiva de redução da entrada dos jovens na vida de crimes e nem evitaria a reincidência.

Diante de todo esse contexto hipotético apresentado, retornemos à teoria de Neves que afirma que essa falta de concretização normativa geraria na sociedade uma descrença no Estado e no sistema jurídico, que pode ser representado pela seguinte proposição: a sociedade exige uma providência do Estado para combater a criminalidade juvenil; o Estado, por meio do legislativo, cria uma lei para resolver o problema, no entanto, deixa de providenciar os meios para a efetiva aplicação da medida; o judiciário precisa aplicar a lei pois esta está posta e é válida e vigente; a aplicação da lei, nessas condições, não é capaz de solucionar o conflito que lhe deu início; o Estado e o sistema judiciário caem em descrédito na sociedade.

A autonomia global do Direito também é questionada num estado de constitucionalização simbólica. Ressalta-se aqui a influência da Constituição em todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que ela rege todos os ramos do direito, devendo toda a legislação infraconstitucional estar de acordo com seus dispositivos e, ainda, a continuidade normativa da Constituição é necessária para que se possa alterar juridicamente as leis infraconstitucionais, para sua adequação ao seu meio ambiente.

A questão da perda da autonomia do Direito também é manifesta no trabalho de Streck (2009, p. 75):

[...] Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o Direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?). [...]

Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do Direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do Direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente.

A incapacidade do sistema jurídico de atender satisfatoriamente às exigências do seu meio ambiente é resultado direto da insuficiente concretização normativa dos dispositivos constitucionais. Desta forma, os direitos fundamentais, garantidos pela Constituição a todos, acabam por se tornar privilégio das minorias ficando às massas apenas o discurso ideológico.

Toda a teoria de Neves (1994) está carregada da preocupação com a perda da autonomia do direito e o descrédito no sistema jurídico, com a consequente insegurança jurídica passível de ser instalada na sociedade ao constatar que os direitos constitucionalmente assegurados não são satisfatoriamente concretizados. Que as necessidades das massas não são a preocupação dos detentores do poder, mas apenas objeto do discurso político, com intenções muitas vezes estranhas ao próprio direito.

Apresentados os principais pontos da teoria de Marcelo Neves, passar-se-á a uma abordagem mais concreta, aplicando aos conceitos trazidos a pretensão de criação do incidente de desconsideração da inimizabilidade penal, proposta pela PEC nº 33/2012.

2.2 A PEC Nº 33/2012 NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Apresentados os pressupostos e conceitos da teoria de Neves (1994), é possível aplicá-los no estudo da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, extraindo-se dele as considerações apresentadas na sequência.

A referida PEC, se aprovada, passará a integrar o texto constitucional para estabelecer a possibilidade da criação do incidente de desconsideração da inimizabilidade penal para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Apesar de pretender excepcionalizar uma norma constitucional (inimizabilidade aos menores de dezoito anos), busca assegurar que a sua efetivação seja realizada mantendo a forma especial e diferenciada para a sua aplicação aos jovens em conflito com a lei.

Considerando que os efeitos da constitucionalização simbólica manifestam-se por meio de seus aspectos positivo e negativo, cabe verificar se, em caso de aprovação da emenda constitucional, esses efeitos poderiam estar presentes. No aspecto negativo, ocorre a insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional, causando, além da ineficácia da norma, a ausência generalizada de orientação das expectativas normativas diante dos dispositivos constitucionais. A falta de concretização normativa decorre da discrepância entre o texto legal e a realidade social ao qual deve ser aplicada. Tendo em vista a superlotação que há nos presídios brasileiros, a falta de efetivação da ressocialização dos apenados e até um certo descaso para com a política criminal, não resta fundamentos para

se crer que com os jovens o tratamento seria diferente, até mesmo porque o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas socioeducativas destinadas a esse público que não produz efeitos pela sua não implementação. Dessa forma o discurso normativo não condiz com as condições para sua efetivação.

Pode-se exemplificar com a opinião de Beccaria (2006) que já dizia que a certeza de um castigo, mesmo que moderado, tem mais impacto sobre o infrator que a previsão de uma pena grave da qual existe alguma esperança de se ver livre. Tendo em mente essa afirmação, pode-se cogitar que a alteração do texto constitucional e a regulamentação de uma nova lei não causará o devido impacto nos jovens em conflito com a lei. Especialmente aqueles inseridos em realidades sociais excludentes, sem acesso à educação, saúde, lazer, por exemplo. Ficando assim caracterizada a possibilidade de não concretização da norma constitucional em caso de aprovação da PEC, evidenciando o efeito da constitucionalização simbólica em sentido negativo.

Sob o aspecto positivo, a constitucionalização simbólica se manifesta por meio do relevante papel político-ideológico da atividade e da linguagem constitucional. Diante do exposto acima, restando clara a impossibilidade de produção de efeitos jurídicos por meio de uma análise superficial como a realizada, resta crer que haja um sentido latente na possível aprovação da proposta, caracterizando-se, assim, a sobreposição do aspecto político da norma em detrimento do seu aspecto jurídico.

Mesmo que, juridicamente, a norma seja ineficaz ou inefetiva, ela poderá produzir um efeito indireto ou latente, não necessariamente no âmbito normativo. Quando o efeito indireto ou latente de uma norma é de maior interesse para o legislador que o efeito jurídico, há uma desvirtualização do Direito, e essa norma passa a ser objeto de outro sistema, o Político.

Mediante o abordado até aqui, percebe-se que a aprovação da PEC nº 33/2012 apresentaria os efeitos da constitucionalização simbólica. Na classificação trazida por Neves, enquadrar-se-ia na constitucionalização álibi, pois a edição da emenda constitucional agiria como uma resposta aos anseios da população frente ao constante aumento da criminalidade praticada por jovens e adolescentes e, por conseguinte, aumentaria a confiança da sociedade na capacidade de resolução de problemas por parte do Estado e do sistema jurídico. Cabe ressaltar nesse ponto a observação feita pelo autor a respeito de uma consequência contrária a primeiramente pretendida, que pode ocorrer quando os indivíduos percebem que a norma não foi capaz de produzir os efeitos esperados, no caso em estudo, quando perceberem que aplicação de pena aos menores infratores não coibiu o ingresso ou a reincidência dos jovens na prática de crimes, culminando na desconfiança e no descrédito no sistema jurídico.

Por meio dessa abordagem, a análise da ação legiferante ultrapassa a edição de normas no aspecto jurídico-formal, buscando identificar os efeitos desejados pelo legislador com a edição da norma. Assim sendo, na análise da redução da maioria penal, é pertinente analisar se o contexto social estaria preparado para abrigar as mudanças que decorreriam dessa nova norma, por exemplo, o possível aumento da população carcerária e a necessidade de grande divulgação das novas consequências da prática do ato infracional, especialmente nas regiões de maior índice desse tipo de crime. Além disso, caberia uma análise dos efeitos causados pela pressão que a sociedade exerce no Poder Público em busca de uma solução.

A exemplo da legislação *álibi*, a constitucionalização *álibi* também busca demonstrar a capacidade de atuação do Estado, especialmente frente a pressão exercida pela sociedade em busca de solução para determinados conflitos. Nesses casos, o legislador elabora diplomas normativos visando a satisfazer as expectativas dos cidadãos, mesmo sem condições mínimas de efetivação dessas normas (NEVES, 1994).

A sociedade revolta-se ante situações de conflito que ensejam uma resolução urgente e cobra uma rápida resposta dos governantes. A questão da criminalidade envolvendo jovens e adolescentes pode ser citada nesse contexto: a ocorrência de crimes bárbaros cometidos por jovens chocam a população da localidade, não se restringindo, no entanto, ao contexto local, pois é noticiada à exaustão pela mídia, tornando-se nacionalmente conhecido e causando revolta e repulsa na sociedade em geral.

Cabe aqui trazer uma observação de Gomes (2007, s. p.) no qual destaca o papel que a mídia exerce na população, instigando-a a exigir maior resposta do estado:

A mídia dramatiza as informações relacionadas com a violência: apresenta a criminalidade por meio de estereótipos, condena com sua publicidade pessoas que ainda são presumidas inocentes, difunde o discurso de endurecimento das penas, amplia o alarme social gerado pela violência, espalha o medo, não raramente tenta influenciar no resultado dos julgamentos jurídicos e é seletiva, evitando, muitas vezes, noticiar nomes de pessoas ou empresas que possam lhe trazer complicações ou prejuízos. Como se vê, a mídia não é isenta, não faz um discurso neutro.

A sociedade cobra uma resposta do Estado para os casos de crimes cometidos por crianças e adolescentes. Deve indagar-se se essa pressão poderia, por si só, impulsionar o uso da máquina legislativa para criar leis somente para dar uma resposta à população, no intuito maior de demonstrar a atuação do Estado, contudo, apenas simulando uma intenção de solucionar o conflito.

Tendo em vista a realidade do sistema carcerário brasileiro, no qual se vê a falta de programas de ressocialização do apenado é de se pressupor que para a concretização da norma

proposta seria necessária uma profunda mudança na realidade nacional que, definitivamente, não se espera que ocorra com uma simples alteração na Constituição. Nesse caso, o discurso normativo pretende a inclusão e o tratamento igualitário dos indivíduos, no entanto, a realidade social não comporta essa inclusão. Nas palavras de Neves (1994, p. 89):

Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade.

Assim, se a aprovação da norma constitucional, que prevê a redução da maioria penal, pudesse trazer os efeitos sociais esperados pela população e descritos em seu texto, poderia ser considerada uma norma instrumental, no entanto, havendo o predomínio do aspecto político sobre o normativo jurídico resta claro que poderá ser considerada um caso de constitucionalização álibi.

A característica principal da constitucionalização simbólica é, a exemplo da legislação simbólica, a hipertrofia do aspecto político da norma constitucional frente ao seu sentido normativo-jurídico. No entanto, suas consequências atingem o sistema jurídico como um todo, comprometendo toda sua estrutura operacional.

A criação do incidente de descon sideração da inimputabilidade penal, sob o aspecto da constitucionalização simbólica, representaria o predomínio do discurso político, sob o pretexto de resolução do conflito social da criminalidade infantojuvenil, com o escopo de demonstrar um legislativo atuante e preocupado com as reivindicações da população, deixando de realizar análises técnicas necessárias para verificar a viabilidade da nova lei na sua aplicação à realidade social.

Dessa forma, por meio da alteração da carta constitucional, possibilitando a criação e regulamentação dessa nova conduta, inchar-se-ia ainda mais o ordenamento jurídico sem proporcional expectativa de resolução do problema.

Além das consequências e efeitos abordados até aqui, ressalta-se mais uma vez a principal consequência da constitucionalização simbólica: a perda de autonomia do direito. Enquanto que não houver o conhecimento da prática do uso do legislativo para atender a interesses políticos, por meio de legislação ou de constitucionalização álibi, o direito continuará perdendo sua autonomia e credibilidade, sendo-lhe atribuída a responsabilidade pela não resolução dos conflitos sociais. Portanto, aprovada a PEC e atendidos momentaneamente os anseios sociais, pode-se antever que, com a não resolução efetiva dos

conflitos existentes, o Direito será também atingido pelo descrédito, pois aparentemente a legislação não será capaz de cumprir seus objetivos.

3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ANÁLISE DOGMÁTICA E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DA PEC Nº 33/2012

Apresentados os principais aspectos da dogmática analítica e da teoria da constitucionalização simbólica proposta por Neves e realizada a análise do Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012 sob ambos os aspectos, cabe nesse momento realizar uma abordagem geral do tema proposto.

Antes da realização de uma sistematização dos pontos fundamentais da análise da PEC sob ambas as teorias, faz-se necessária uma retomada das alterações sugeridas na referida proposta e uma abordagem do instituto da inimputabilidade penal trazidos na Constituição Federal de 1988, no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.1 ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA PEC Nº 33/2012

A Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, em sua proposta original, propõe alterar os artigos 129, inciso I, e acrescentar um parágrafo único ao artigo 228 da Constituição Federal. Na prática, abriria a possibilidade de criação, por meio de lei complementar, do incidente de desconsideração da inimputabilidade penal para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, estabelecendo as condições a serem observadas para sua criação e atribuiria ao Ministério Público a promoção desse incidente.

A redação do texto constitucional ficaria da seguinte forma:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos.

[...]

Art. 228

Parágrafo Único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:

I – Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

II – julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III – cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

IV – capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V – efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da imputabilidade.

VI – cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Essas alterações pretendem possibilitar a condenação a pena privativa de liberdade, nos termos do Código Penal, dos menores de dezoito anos, com limite de dezesseis anos para a imputabilidade. No entanto, não seria alterada definitivamente a idade para a imputabilidade penal, mas essa regra seria excepcionalizada para atingir àqueles jovens na faixa etária definida na norma e que cometessem crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas, terrorismo ou múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado. De qualquer forma, ocorreria a condenação de jovens nos mesmos termos dos adultos.

A condenação dos jovens, mesmo que de forma excepcional, pelas normas do código penal tem gerado indignação aos defensores dos direitos dos jovens e adolescentes. Conforme mencionado anteriormente, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, emitiu Nota Pública sobre o assunto (2007 *apud* MORAES; RAMOS, 2010) apresentando algumas razões pelas quais se posicionava contrário a alteração da idade para a imputabilidade penal, dentre eles a exposição antecipada dos jovens ao sistema prisional brasileiro que, segundo a nota, seria um mecanismo reprodutor de violência; não se evitaria o recrutamento dos jovens pelos criminosos, mas apenas anteciparia essa ocorrência para uma idade ainda menor, além de ressaltar o contexto social em que vivem a maioria dos jovens brasileiros, que os expõem à violência, da qual, muitas vezes se tornam vítimas.

Essas razões demonstram a preocupação da entidade – que representa ainda a opinião de muitas pessoas atualmente – com os jovens, considerados vulneráveis e ainda em formação, ficando suscetíveis às influências que, se mantiverem contato com criminosos, teriam aumentadas as chances de envolvimento em novos crimes. Mesmo com a previsão de um tratamento especial para esses menores no texto da lei, não há garantia de sua efetiva implementação.

Outra questão que deve ser destacada é o caráter subjetivo que condiciona a decisão sobre a aceitação do incidente de desconsideração da imputabilidade penal, constante do texto da proposta para ser inserida ao artigo 228 da Constituição Federal, inciso IV. Apesar de exigir o ateste por laudo técnico, não deixa de ser uma análise subjetiva das condições

psicológicas do menor, para auferir seu grau de desenvolvimento intelectual por meio da sociedade na qual está inserido e a quantidade de informação a que tem acesso.

Após as abordagens iniciais a respeito das alterações propostas pela PEC nº 33/2012, passa-se à verificação do contexto legal sobre a imputabilidade penal.

3.2 FUNDAMENTOS LEGAIS DA DELIMITAÇÃO ETÁRIA PARA A IMPUTABILIDADE PENAL

Para iniciar o presente estudo cabe abordar o conceito de Direito Penal. Nucci (2011, p. 67) afirma que direito penal “é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”. Importante ressaltar que, além da instituição de infrações e as respectivas sanções, o direito penal também estabelece os limites ao Estado na persecução penal.

O Direito Penal tem como função identificar condutas que ameacem a bens jurídicos e descrevê-las como tipo penal cominando-lhes a respectiva pena. Essa função, no entanto, deve estar respaldada pelos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, nenhum tipo penal poderá ser criado sem que haja estrita observância aos princípios e regras constitucionais. Garantindo, assim, a unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Para Bitencourt (2012, p. 57) “Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados [Direito Penal], tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça”.

Cabe ao Estado garantir a ordem social por medidas preventivas ou mesmo punitivas. As leis penais servem de diretrizes para a conduta do cidadão, que passa a ter conhecimento dos atos não tolerados pela sociedade e as consequências caso incorra na prática de algum fato tipificado como crime na lei, serve também para limitar e prescrever a forma que o estado terá para exercer seu direito à persecução penal.

Por conseguinte, àquele que comete um ato tipificado como crime pela lei penal será imposta uma pena previamente estabelecida. Essa pena tem a função de punir o agente criminoso pelo ato praticado, bem como de prevenir a prática do crime por meio da reeducação e da intimidação coletiva.

Para Greco (2007, p. 485, grifo do autor): “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato

típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.

A lei penal estabelece, além dos crimes e das penas, também contra quem e em quais condições o estado exercerá seu direito de punir. Aprofundar-se-á no tema estudado por meio da abordagem da limitação etária estabelecida na legislação penal.

O artigo 27 do Código Penal brasileiro dispõe: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Assim, a sanção penal somente poderá ser aplicada aos maiores de dezoito anos, ficando os menores sujeitos à legislação especial, não sendo subordinados aos ditames do Código Penal, mas ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Esse limite etário para a imputabilidade penal foi estabelecido na Constituição Federal de 1988 pela primeira vez, sendo que nas constituições anteriores esse limite era deixado para ser estabelecido pelo legislador infraconstitucional. Dispõe o texto constitucional: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Um breve relatório sobre a imputabilidade penal é apresentado por Moraes e Teixeira (2013, p. 4636) no comentário ao referido artigo 228 da Constituição Federal de 1988:

O Código Criminal do Império de 1830 estabeleceu que não se condenaria menor de 14 (quatorze) anos, exceto se tivesse discernimento para avaliar o ato praticado. O Código Republicano, de 1890, determinava que o menor de 9 (nove) anos completos, bem como o maior de 9 (nove) e menor de 14 (quatorze) anos que não tivessem discernimento não eram criminosos. A Lei 4.242/21 retirou da legislação brasileira o critério do discernimento, através de alteração efetuada no Código Penal de 1890. O primeiro Código de Menores, Decreto 17.943-A/27, fixou a imputabilidade a partir dos quatorze anos, da mesma forma que a Consolidação das Leis Penais. O Código Penal de 1940 manteve a regra. A Constituição de 1988 adotou o mesmo critério, puramente biológico, ignorando o grau de discernimento outrora considerado.

Para que uma pena seja imposta, faz-se necessária a presença da culpabilidade do agente que comete um fato típico e ilícito. A culpabilidade é um juízo de reprovação que atua como um pressuposto para a imposição de pena, sendo um juízo de valor sobre a pessoa do agente (CAPEZ, 2011).

O Código Penal Brasileiro adota a Teoria Limitada da Culpabilidade, segundo a qual, para que haja culpabilidade deverão estar presentes os seus três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (CAPEZ, 2011).

A imputabilidade pode ser considerada espécie do gênero capacidade, sendo esta mais abrangente que aquela. A imputabilidade pode ser classificada como a capacidade da esfera penal, segundo Nucci (2011, p. 306, grifo do autor) imputabilidade penal

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em *sanidade mental e maturidade*. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão [...]

Assim sendo, além da possibilidade de o agente compreender a ilicitude de seu ato, deve também possuir condições mentais para controlá-los. Dessa forma, para que o indivíduo seja considerado culpado e possa receber a sanção imposta pelo tipo penal, faz-se necessária a presença da imputabilidade, compreendida em seus dois aspectos: o intelectivo e o volitivo, sem que ambos estejam presentes não será reconhecida a culpabilidade.

Via de regra, todo agente é imputável. A inimputabilidade é obtida por exclusão, ou seja, se ocorrer alguma causa excludente de imputabilidade. São quatro as causas que excluem a imputabilidade: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; e d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Para os objetivos do presente estudo, interessa a segunda excludente, ou seja, o desenvolvimento mental incompleto, especificamente aquele referente à idade cronológica do agente, implicando em imaturidade mental e emocional.

Segundo o critério para a aferição da inimputabilidade, o código penal pátrio adota, em regra, o sistema biopsicológico (art. 26, CP). Esse sistema é a combinação dos sistemas biológico e psicológico e, segundo o qual, a causa prevista em lei para a exclusão da imputabilidade tenha, comprovadamente, interferido na capacidade de discernimento e na vontade do agente no momento da prática da infração, comprometendo sua compreensão e ação.

A despeito disso, para considerar a inimputabilidade devido ao desenvolvimento mental incompleto, o Código Penal adotou, como exceção, o sistema puramente biológico, para o qual, não cabe indagar se seu grau de desenvolvimento mental implicou na prática do crime no momento da execução do ato. Ou seja, há uma presunção legal de que o desenvolvimento mental incompleto implica, necessariamente, na incapacidade de entendimento e vontade do agente.

Retomamos neste ponto ao disposto no artigo 228 da Constituição Federal que, além de estabelecer a idade mínima para a imputabilidade penal, estabelece que os menores de dezoito anos se sujeitam à legislação especial.

A legislação especial foi criada dois anos depois de promulgada a Constituição, por meio da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Essa Lei estabelece, já no seu artigo 1º que: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Fazendo referência direta ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, adotada pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 227 e 228. Implica isso que nenhuma disposição estatutária poderá ser interpretada em desfavor ou em prejuízo de criança ou de adolescente.

Toda ação delituosa cometida por indivíduo menor, tipificada como crime ou contravenção penal, será denominada *ato infracional*, como decorrência do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, visando destacar a diferença do caráter penal dos crimes e das penas aplicadas aos infratores penalmente imputáveis.

À criança que cometer ato infracional serão aplicadas tão somente as medidas protetivas elencadas no artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII – acolhimento institucional;
- VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX – colocação em família substituta.

Essas medidas trazidas no artigo 101 são meramente exemplificativas, tendo em vista que o artigo 100, *caput*, estabelece que na aplicação dessas medidas deverão ser consideradas as necessidades pedagógicas da criança ou do adolescente.

Quanto ao adolescente que praticar ato infracional, serão aplicadas as medidas socioeducativas elencadas no artigo 112 do ECA, que são:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semi-liberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Todas as medidas aplicadas ao menor infrator deverão levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente de acordo com as suas necessidades pedagógicas. No que se refere aos objetivos dessas medidas socioeducativas, a Lei nº 12.594/12, que institui o SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, estabelece-os como sendo:

Art. 1º [...]

§ 1º [...]

§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- I – a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II – a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III – a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Pode-se verificar do exposto até agora que a Constituição Federal, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente preveem reiteradamente a inimputabilidade do agente infrator menor de dezoito anos mas não a impunidade, pois a Lei 8.069/90, regulamentando o dispositivo constitucional, estabelece medidas socioeducativas e protetivas às crianças e adolescentes em situações de conflito com a lei, garantindo um tratamento especial para esses seres humanos em condição peculiar de pessoa em formação.

Esse tratamento diferenciado baseia-se na possibilidade que há de o Estado influenciar na formação do adolescente até aos dezoito anos. Moraes e Ramos (2010, p. 798) assim descrevem e defendem essa situação:

Foi a permeabilidade do adolescente no sentido da sociabilização que determinou a idade legalmente fixada. Considerou-se, assim, que é a chegada à idade adulta que proporciona engessamento de ideias e de personalidade de molde a dificultar sobremaneira o alcance do Poder estatal de redirecionar o comportamento do indivíduo sob o ângulo pedagógico.

Em harmonia com este raciocínio, veja-se que a educação básica, nos termos em que dispõe o art. 21, inciso I da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

Atente-se para o fato de que a idade de regular conclusão do ensino médio é a de dezoito anos incompletos, o que está em perfeita sintonia com a idade prevista para a possibilidade de ingerência do sistema socioeducativo.

Assim, a imposição de medida pedagógica socioeducativa aos menores de dezoito anos, ao invés de pena, justifica-se pelo fato de que a personalidade do jovem ainda está em formação, sendo capaz de, com a devida orientação, afastar-se da criminalidade.

Apresentado o contexto geral no qual está inserida a questão da imputabilidade/inimputabilidade penal, como abordados pela legislação pátria, cabe adentrar na análise da Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 33/2012 à luz da dogmática analítica e da constitucionalização simbólica.

3.3 ANÁLISE DA PEC Nº 33/2012 SOB OS ENFOQUES DA DOGMÁTICA ANALÍTICA E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

A análise dogmática tem como ponto de partida a lei positivada, esta será para o intérprete seu pressuposto inegável. A partir daí, passa a analisá-la dentro de seu contexto, o ordenamento jurídico, considerado como um sistema acabado e sem lacunas, de onde busca identificá-la como norma jurídica tendo por base sua correlação com as demais normas e com seu objeto.

Por esta abordagem inicial, pressupondo a aprovação da PEC nº 33/2012, esta seria considerada válida por terem sido seguidas as regras estabelecidas para a sua aprovação e da autoridade que a sanciona. Ou seja, sua validade se dá por meio da *institucionalização*, ou seja, tendo-se em vista a competência de quem a promulga.

No início deste estudo foi realizada uma análise dogmática, sob os critérios da semiótica, do texto da PEC nº 33/2012, cabendo retomar aqui alguns pontos. Sob os critérios da sintática e da semântica, por meio dos quais se realizam as análises da norma com as demais normas e da norma em relação ao seu objeto, ficou constatado que, por meio da análise dogmática, essa PEC poderia ser reconhecida como pertencente ao ordenamento jurídico pátrio, por apresentar as características próprias da respectiva espécie de lei. Dessa forma, normativamente, a proposta estaria apta a ser aprovada, restando a decisão a um critério puramente político.

Ainda que o aspecto pragmático faça parte da análise semiótica, esta não é muito utilizada como critério de análise. No entanto, justamente esse critério começa a levar a

análise normativa a um campo prático. Mas, ainda assim, preserva muito da formalidade dogmática.

A despeito disso, da análise realizada verificou-se que, quando trata dos critérios classificatórios adotados pela pragmática – força de incidência, finalidade e *funtor* – o texto da proposta passa a demonstrar sua inviabilidade de aplicação.

Assim, a Emenda Constitucional em estudo, logo que aprovada deverá ser aplicada aos casos por ela regulamentados, no entanto, essa aplicação não será possível dada a não implementação das condições infraestruturais e sociais para a concretização das medidas previstas, conforme abordado anteriormente.

Do exposto, infere-se que, sob a análise dogmática, a PEC nº 33/2012, nos termos que se apresenta, deveria ser prontamente refutada, no entanto, a sua discussão no Congresso Nacional tem se prolongado, buscando sua aprovação.

Tendo-se em vista que a análise dogmática fica restrita ao plano formal, a questão referente a perspectiva de aprovação da referida proposta se encerraria neste ponto. Essa limitação da análise dogmática tem gerado diversas críticas. Nas palavras de Nader (2007, p.175, grifo do autor):

Os positivistas estreitam o campo de abordagem do Direito, limitando-se à análise do Direito Positivo. O Direito é a lei; seus destinatários e aplicadores devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico. Para eles não existe o problema da validade das leis injustas, pois o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Quanto à justiça, consideram apenas a legal, mesmo porque não existiria a chamada justiça absoluta. O ato da justiça consiste na aplicação da regra ao caso concreto. Os positivistas não aceitam a influência dos elementos *extra legem* na definição do Direito Objetivo.

Nessa concepção, não cabe ao direito questionar o aspecto da justiça da lei na resolução do conflito, a justiça seria feita pela simples aplicação da lei, sem haver qualquer questionamento posterior sobre valores éticos ou ideológicos. Para Marinoni (2007, p. 21, grifo do autor), a lei não possui mais tal supremacia, devendo as normas jurídicas buscar a concretização dos preceitos constitucionais, deixando de ser completas em si mesmas e adotando um caráter finalístico constitucional:

A lei, que na época do Estado legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais. A lei, como é sabido, perdeu seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

Ainda, na opinião de Ferrajoli (2002, p. 287, grifo do autor):

Esta concepção exclusivamente formal de validade certamente resulta adequada se referida a ordenamentos jurídicos de estrutura elementar nos quais o legislador é *legibus solutus*, de forma que qualquer norma dele emanada e da maneira que ele queira é uma norma válida. Contrariamente, nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente. Nesses ordenamentos a validade não depende somente dos aspectos formais da produção normativa que permitem afirmar o “ser” ou a existência das normas, senão que depende igualmente do significado dos enunciados normativos produzidos, e mais exatamente da valoração da correspondência do seu conteúdo como o “dever ser” jurídico estabelecido por normas superiores.

Por essas palavras verifica-se que o referido autor sustenta que a simples aferição do *ser* da norma, ou seja, o fato de a norma pertencer formalmente ao ordenamento, não é suficiente para lhe conferir validade, mas sua conformação com sua finalidade e a interferência na conduta dos comandados.

Na opinião de Reale (2002, p. 564, grifo do autor), a análise da norma jurídica não deve ficar restrita ao seu aspecto formal, devendo ir além, abrangendo também aspectos sociais e históricos. Manifestando-se nas seguintes palavras:

Pois bem, o processo fático-axiológico, analisado ao estudarmos a nomogênese jurídica, revela-se também quando não é mais o político do Direito, ou o legislador, que aprecia o assunto, mas sim o jurista, o juiz ou o advogado. Só que então o sentido da pesquisa é outro: - como a norma já é um dado de referência pré-constituído, um “querer já manifestado genericamente” e posto por ato de autoridade, torna-se necessário interpretá-la à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa, bem como verificar qual a sua significação real a partir de sua vigência.

Efetivamente, nenhuma *norma jurídica* conclui ou exaure o processo jurígeno, porquanto ela mesma suscita, no seio do ordenamento e no meio social, um complexo de reações estimativas, de novas exigências *fáticas* e *axiológicas*. É a razão pela qual não se pode concluir que, em última análise, o Direito seja só normativo: a *norma* é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou a sua gênese, e os complexos fático-axiológicos a que visa atender, no desenrolar do processo histórico.

Esse autor também demonstra a importância de se ultrapassar a análise do texto normativo buscando a sua finalidade e os valores que pretende tutelar. Acrescentem-se, ainda, as palavras de Marinoni (2007, p. 26): “Se a lei vale em razão da autoridade que a edita, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não há como direcionar a

produção do direito aos reais valores da sociedade”. Assim sendo, uma análise realizada com base na legalidade formal traria poucos benefícios numa perspectiva de conscientização e intervenção na sociedade.

Ante todas as críticas elaboradas, por diferentes autores, ao positivismo bem como à análise formal do texto legal, comprova-se a insuficiência dessa análise, para tanto, apresenta-se a teoria da constitucionalização simbólica de Neves no intuito de analisar o contexto da discussão dessa PEC, não analisada pela dogmática, pois a teoria proposta por Neves pretende verificar o contexto de sua criação e os efeitos da norma jurídica, tendo um amplo campo para análise, abarcando desde antes da promulgação da norma até aos efeitos produzidos por ela, restando, assim, completa a análise da proposta de emenda à constituição.

Mediante a verificação dogmática realizada constatou-se que a referida proposta, se aprovada, estará fadada a não concretização de seus efeitos na sociedade, identificada mediante a análise pragmática. A despeito disso, a proposta continua em discussão no congresso nacional, ainda havendo possibilidade de aprovação. Assim, a indagação que se faz é sobre qual o interesse na aprovação de uma lei que não traz perspectiva de efetividade.

Neves (1994) afirma que, a despeito de ser eficaz ou efetiva, uma norma sempre produzirá efeitos. Esses efeitos nem sempre serão no campo normativo, podendo servir a um propósito distinto, como por exemplo servir ao sistema político como discurso ideológico.

Toda a discussão instaurada a respeito do tema da inimputabilidade penal tem tomado destaque na sociedade. A necessidade de resolução do conflito tem feito com que os indivíduos cobrem medidas urgentes para a solução do crescente problema da criminalidade infantojuvenil. Dessa forma, rejeitada a PEC, estaria posto o pano de fundo para a crítica aos agentes políticos que seriam acusados de não se identificarem com as necessidades sociais.

Nesse diapasão, é consistente a presunção de que a possibilidade que ainda existe de aprovação da PEC nº 33/2012 reside na expectativa de produção de efeitos políticos, tendentes a demonstrar a capacidade de ação do estado, ou mesmo, a preocupação dos agentes políticos com os interesses sociais.

Ressalte-se, entretanto, que essa hipertrofia do sistema político em detrimento do aspecto jurídico, traz consequências prejudiciais a esse último, tendo em vista que a aprovação de uma emenda como essa, sem possibilidade de produção de efeitos jurídicos, trará o descrédito ao sistema jurídico que ficará como incompetente.

Cabe aqui trazer um pouco da realidade do sistema penal brasileiro, que vem sendo alvo de muitas críticas. Discorrendo sobre o sistema penal, Gomes (2007, s. p.) faz o seguinte comentário:

Quando a pressão não é direta, é indireta. Da sociedade disciplinar, dócil e útil (tal como foi desenhada por Foucault), passamos para uma sociedade de controle, que se caracteriza pelo uso (e abuso) da pena intimidativa (prevenção geral negativa) e neutralizante (prevenção especial negativa), ou seja, por meio dela procura-se não só intimidar os potenciais delinquentes (na fase da elaboração da lei), senão também segregar os que são selecionados pelo sistema penal (fase de execução). A sociedade de controle, de outro lado, não objetiva eliminar a criminalidade, sim, só controlar os grupos sociais de risco (os inimigos de cada momento) [...]

O sistema penal, nesse contexto, não está cumprindo seu papel primordial de proteção de bens jurídicos, de forma fragmentária e subsidiária, mas sim, transformou-se em instrumento de “gestão” da exclusão social. Com o abandono da ideia do Estado Social, parte-se agora da premissa de que a exclusão social é inevitável e incorrigível. Já que ela existirá necessariamente, deve ser administrada.

No caso específico da desconsideração da inimputabilidade penal dos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos, com a consequente imposição de pena privativa de liberdade, haveria um aumento da população carcerária, além disso, levaria esses jovens cada vez mais cedo a essa segregação e exclusão social.

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países de todo o mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade quotidiana, faz pensar que a prisão encontra-se efetivamente em crise. Sob esta perspectiva, menos radical que a mencionada no item “a”, fala-se da crise da prisão não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como o resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam *converter a pena privativa de liberdade* em um meio efetivamente *reabilitador* (BITENCOURT, 2012, p. 1299, grifo do autor).

Resta claro que a falência do sistema penitenciário brasileiro tem tornado a pena privativa de liberdade ineficiente quanto à possibilidade de ressocialização do apenado. Cabe lembrar também, que existem correntes que, já há algum tempo, defendem a abolição da pena privativa de liberdade. Tendo em vista tal teoria, não é demais questionar se o aumento do público sujeito à pena de prisão não seria um retrocesso.

A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dados o caráter criminológico das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão (FERRAJOLI, 2002, p. 330, grifo do autor).

É certo que essa abolição é, no mínimo, utópica, no entanto, traz a reflexão sobre a inutilidade das penas ante a impossibilidade de ressocialização do condenado. Diante dos argumentos apresentados, comprova-se a perda da autonomia do direito frente a hipertrofia do sistema político, quando o sistema jurídico é relegado a segundo plano. A PEC nº 33/2012, em vez de ser instrumento para a resolução de conflitos sociais, produziria a injustiça, sujeitando jovens e adolescentes ao sistema carcerário existente ou, ao menos, em moldes parecidos, aumentando a segregação e marginalização desses jovens, enquanto que os agentes políticos envolvidos em sua aprovação poderiam colher os benefícios de uma reputação conseguida em detrimento do sistema judiciário, ostentando um caráter de compromisso social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no esboço histórico do direito natural e do direito positivo, verifica-se a diferença de enfoques propostas por cada uma delas, tanto que, por muito tempo, a conceituação de ambos era realizada por meio de contrários.

A questão mais marcante sobre suas abordagens pode ser considerada o enfoque na questão dos valores que, para o jusnaturalismo está intrínseco ao direito enquanto que o juspositivismo substitui os valores, inclusive de justiça, pelo útil.

Hodiernamente, os valores defendidos pelo jusnaturalismo encontram-se positivados nos códigos na forma de direitos individuais e são representados pelos princípios norteadores da interpretação do texto legal.

A despeito disso, o estudo do direito positivo pelo método dogmático proporciona a identificação de determinada lei ao ordenamento jurídico ao qual está ou será inserida. Por essa razão esse foi o método adotado para a realização da primeira análise da PEC nº 33/2012, com o fito de verificar a possibilidade de recebimento da norma proposta pelo ordenamento.

A referida análise demonstrou que, pelo aspecto mais formal da investigação semiótica, o texto da proposta poderá ser recebido, entretanto, na análise pragmática restou demonstrada a impossibilidade, no atual contexto social, de concretização dessa proposta.

Por tal fato, passou-se a análise da referida PEC, buscando identificar, no contexto de sua propositura, as características da constitucionalização simbólica. Assim sendo, verificou-se que existe, de fato, uma pressão social que exige dos governantes soluções para o problema da criminalidade infantojuvenil.

Cabe aos representantes eleitos propor e criar soluções para os conflitos sociais. Quando determinado conflito chega a ser de grande notoriedade maior é a exposição que esses agentes políticos sofrem, positiva ou negativamente, quanto aos atos que praticam referentes ao problema existente.

Pode-se afirmar que a propositura da PEC nº 33/2012 seja uma resposta do legislador à exigência da população. No entanto, aplicando-se aqui a análise dogmática realizada, percebe-se que a norma proposta não será eficaz, do ponto de vista pragmático, para solucionar o problema apresentado. Conforme verificou-se, o incidente de desconsideração da inimizabilidade penal não poderá ser aplicado por falta de infraestrutura e de previsão para a construção dos estabelecimentos para o cumprimento de pena por parte desses menores.

Por conseguinte, resta claro que a possível aprovação da PEC não tem finalidade normativa, haja vista a previsão de sua ineficácia. Assim sendo, fica caracterizada a sobreposição de outro sistema, nesse caso o político, ao jurídico-normativo. Essa sobreposição do aspecto político em detrimento do jurídico é uma característica da constitucionalização simbólica.

Ademais, levando-se em conta que há uma pressão da sociedade para a resolução do conflito existente, essa nova norma demonstraria a capacidade de ação do agente político ou mesmo do Estado, com o escopo de aumentar neles a confiança dos indivíduos. Ou seja, a propositura, discussão e possível aprovação da PEC nº 33/2012, com base no estudo desenvolvido, enquadra-se nas características da constitucionalização simbólica, sendo a referida PEC um caso, mais especificamente, de constitucionalização álibi.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. **Lei Federal nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 04 mar. 2016.

_____. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre as Propostas de Emenda à Constituição 74 de 2011, 33, de 2012 e 21, de 2013.** Relator: Ricardo Ferraço. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=174264>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Senado Federal. **Parecer técnico à proposta de emenda à constituição nº 33 de 2012 do senado federal.** Disponível em: <http://www.renade.org/files/noticia/20130419185035_parecer_tecnico_a_proposta_de_emenda_a_constituicao_n_33_2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (3 Região). Apelação Cível nº AC 3303 SP 0003303-21.2005.4.03.6113, Relator: JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, Data de Julgamento: 19/07/2012, TERCEIRA TURMA.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. Direito natural de conteúdo em devir. **Revista de informação legislativa**, v. 9, n. 36, p. 65-76, out./dez. 1972. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180595>>. Acesso em: 19 maio 2016.

_____. **Teoria crítica do direito.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Teoria da norma jurídica.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e justiça criminal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10768>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. Hermenêutica e interpretação do direito. In: MACIEL, José Fabio Rodrigues. (Coord.). **Formação humanística em direito.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MADEU, Diógenes; MACIEL, José Fabio Rodrigues. Introdução ao estudo e à teoria geral do direito. In: MACIEL, José Fabio Rodrigues. (Coord.). **Formação humanística em direito.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 228. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 1, p. 65-77, janeiro-junho 2009. Disponível em <revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137/2389>. Acesso em: 03 dez. 2015.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.